

## DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Personal Investigador en Formación (FPU)  
Universidade de Santiago de Compostela

[Lidia.gil.otero@usc.es](mailto:Lidia.gil.otero@usc.es)

**Palabras clave:** COVID-19, ERTE, prohibición de despido, discriminación por asociación, discriminación por apariencia, paternidad, conciliación, teletrabajo, traslado, Whatsapp, videovigilancia

**Palabras chave:** COVID-19, ERTE, prohibición de despido, discriminación por asociación, discriminación por apariencia, paternidade, conciliación, teletraballo, traslado, Whatsapp, videovixilancia

**Keywords:** COVID-19, ERTE, prohibition of dismissal, associational discrimination, discrimination based on appearance, paternity, labor conciliation, telework, work relocation, Whatsapp, video surveillance.

En el número anterior de la revista esta sección dedicaba varias páginas a los conflictos laborales derivados de la irrupción de la pandemia. En efecto, durante el segundo semestre de 2020 destacaron las causas judiciales enfocadas en el control de la licitud de las medidas de paralización de la actividad empresarial, durante los momentos más duros de la COVID-19. Es cierto que en el primer semestre de 2021 todavía pueden encontrarse pronunciamientos del TSJ de Galicia que parten de ese mismo contexto, que serán analizados en el primer apartado de este estudio. Sin embargo, debe destacarse que las sentencias que han abordado en este periodo la cuestión “pandémica” lo han hecho desde una perspectiva diferente. En ellas mayoritariamente se han discutido las consecuencias

jurídico-laborales a corto y medio plazo de todas las medidas anteriores y, en definitiva, el impacto de la crisis sanitaria en las empresas una vez reactivada la producción.

Por otra parte, como viene siendo habitual, en este mismo periodo han destacado también importantes sentencias del TSJ de Galicia para la efectividad del derecho a la igualdad de los trabajadores. Hace escasos meses los principales medios digitales se hacían eco de dos pronunciamientos de este tribunal que, por primera vez en la jurisprudencia, reconocían la discriminación por apariencia de discapacidad y la discriminación "por ser padre". Estas sentencias ocuparán el segundo apartado del presente estudio, analizando así las nuevas perspectivas de interpretación de la normativa antidiscriminatoria.

En línea con la defensa al derecho a la igualdad, en el tercer apartado se examinarán también otras dos sentencias del TSJ de Galicia centradas en las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, como el teletrabajo o los traslados de centro de trabajo. La razón de ser de algunas de estas medidas coincide con el auge y la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, que permiten la conexión del trabajador cuándo y dónde quiera. Efectivamente, estas herramientas pueden propiciar mayores facilidades a los trabajadores para atender al desarrollo de su vida personal y familiar. Sin embargo, no debe perderse de vista que estas tecnologías también pueden colisionar con otros derechos de los trabajadores como el derecho a la desconexión, el derecho a recibir órdenes a través de un cauce adecuado o el derecho a la propia imagen. Estos riesgos han sido analizados ya por el TSJ de Galicia en determinadas sentencias, que ocuparán el cuarto y quinto apartado de este estudio. El cuarto apartado estará dedicado al papel que desempeñan en la relación laboral plataformas de mensajería instantánea como Whatsapp. Se estudiará su papel como medio de transmisión de órdenes empresariales y como medio de comunicación y notificación de un despido. Por su parte, el quinto apartado estará dedicado a las garantías de los empleados del hogar ante los sistemas de videovigilancia, resolviendo qué sucede cuando el centro de trabajo donde se prestan los servicios y donde están

instaladas cámaras ocultas coincide con el domicilio del empresario.

### **1. LA PROHIBICIÓN DE DESPIDO Y LAS CAUSAS INDIRECTAS DE LOS ERTES. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 9 DE MARZO DE 2021 (REC. 54/2021)**

Como bien es sabido, durante la gestión de la crisis sanitaria el Gobierno apostó por el mantenimiento del empleo y la protección de las relaciones laborales vigentes. Así, si bien se flexibilizaron los mecanismos de los ERTes, al mismo tiempo se prohibieron también los despidos basados en la fuerza mayor y en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que habían servido de base para esas suspensiones de los contratos (art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, en conexión con los arts. 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020). En esta línea, la sentencia del TSJ de Galicia de 9 de marzo de 2021 (rec. 54/2021) tuvo por objeto el estudio de la conexión entre las causas de un ERTE y las causas de un despido posterior, como requisito *sine qua non* para la aplicación de la prohibición.

El 23 de marzo de 2020 la empresa protagonista de la sentencia había comunicado a sus trabajadores el inicio de un ERTE por causas productivas, amparándose en la cancelación por parte de su principal empresa cliente de los proyectos iniciados en la fecha de declaración del estado de alarma. Así, tras una serie de negociaciones con los representantes de los trabajadores, el 8 de abril se acordó la suspensión de los contratos de 59 trabajadores hasta el 31 de agosto de 2020. Esa era la fecha en la que la empresa, una vez levantadas las restricciones de movilidad, debía reincorporar a los trabajadores de las obras que se estuviesen realizando en el momento de la declaración del ERTE. Estando vigente la suspensión de los contratos de trabajo, el 30 de junio de 2020 la empresa procedió al despido de nueve trabajadores alegando, a su vez, causas productivas. En concreto, el despido de esos trabajadores se fundó en la disminución gradual de la facturación de la empresa en los dos años anteriores y en la sobredimensión de la plantilla, como consecuencia a su vez de la reducción gradual de los pedidos de la principal empresa cliente.

En este escenario uno de los trabajadores despedidos se cuestionó la aplicación de la prohibición de despido prevista en el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ya que la causa productiva del despido obedecía en parte a la causa productiva que había motivado el ERTE. Ciertamente la causa productiva del ERTE adoptado por la empresa atendía a la reducción de los pedidos de la principal empresa cliente. Sin embargo, esa misma reducción había provocado un descenso en la facturación de la empresa durante el periodo de crisis sanitaria que había contribuido, a su vez, al descenso global de la facturación en los dos años precedentes. Tras una sentencia de instancia desestimatoria, el trabajador recurrió ante el TSJ de Galicia, solicitando que esclareciese si la causa de extinción de su contrato se podía considerar diferente a la causa del ERTE.

El TSJ consideró que una y otra causa eran perfectamente compatibles, en la medida en que la causa del despido era más profunda y grave que la causa transitoria de la suspensión de los 59 contratos de trabajo. Según su criterio, la prohibición de despido del art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 había nacido pensando en que la causa directa e inmediata de la suspensión de los contratos fuese el cierre o la suspensión de las actividades por la pandemia. Ello no abarcaba el efecto colateral que pudiera tener una decisión comercial de otra empresa que, debido a sus cálculos comerciales, decidía cancelar los pedidos. A juicio del tribunal la empresa contratista sólo se veía afectada por el COVID de manera indirecta, por el efecto de las decisiones comerciales de la principal empresa cliente. Consecuentemente, el TSJ entendió que la causa del despido constituía una causa distinta a la del ERTE, rompiéndose así el presupuesto básico para aplicar la prohibición de despido.

## **2. LAS NUEVAS FACETAS DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE GALICIA**

A lo largo de los años la Sala de lo Social del TSJ de Galicia ha construido una jurisprudencia que vela por el derecho a la igualdad de los trabajadores. A la vista del acervo jurisprudencial que nos precede, podría parecer que ya está todo dicho o hecho en materia discriminatoria. No obstante,

no debe obviarse que las relaciones laborales encajan en una sociedad que reproduce estructuras discriminatorias cada vez más complejas e interseccionales. El TSJ de Galicia ha querido responder a estos retos, dictándose en este primer semestre de 2021 tres sentencias de destacada importancia en la interpretación y comprensión de la normativa antidiscriminatoria. En ellas se profundizó sobre los fenómenos de la discriminación por asociación y de la discriminación por apariencia, en vinculación con causas especialmente protegidas como el género y la discapacidad. Ambos son conceptos que atienden a esquemas de desigualdad complejos, hasta entonces poco reconocidos o debatidos entre la doctrina y la jurisprudencia. A través de estos pronunciamientos el TSJ de Galicia los ha puesto encima de la mesa, consolidando así una línea interpretativa que avanza hacia el pleno reconocimiento del derecho a la no discriminación en todas sus vertientes.

### **2.1. UNA “VIEJA” CONOCIDA: LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN. SENTENCIAS DEL TSJ DE GALICIA DE 4 DE MARZO DE 2021 (REC. 4447/2020) Y DE 16 DE ABRIL DE 2021 (REC. 754/2021)**

El concepto de la discriminación por asociación tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>1</sup>. Mediante este concepto se pone el foco en la relación o conexión existente entre las personas y los trabajadores presuntamente discriminados. El TSJ de Galicia ya había aplicado y consagrado esta figura en sentencias anteriores, definiéndola como aquella discriminación que afectaba a una persona que no pertenecía al colectivo vulnerable pero que era tratada de forma peyorativa al habersele transferido la

---

<sup>1</sup> Se trata de un concepto que ha sido plenamente delimitado en tres sentencias del Tribunal de Justicia: la sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415); la sentencia de 16 de julio de 2015, *Chez*, asunto C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480) y la sentencia de 20 de junio de 2019, *Hakelbracht*, asunto C-404/18 (ECLI:EU:C:2019:523).

discriminación respecto del tercero protegido<sup>2</sup>. En todo caso, no es hasta el primer semestre de 2021 cuando el TSJ de Galicia vincula la discriminación por asociación con una causa jurídica de tanta importancia como es el género y, en concreto, la maternidad. Se trata de las sentencias de 4 de marzo de 2021 (rec. 4447/2020) y de 16 de abril de 2021 (rec. 754/2021) que, compartiendo escenario jurídico común, condujeron a la misma solución y línea jurisprudencial. En ellas se reconoció de forma pionera a dos trabajadores diferentes el derecho a no ser discriminados por ser padres, es decir, por razón de sexo, atendiendo al embarazo de su pareja y/o a su futura paternidad.

La primera sentencia tenía como protagonista a un trabajador que había puesto en conocimiento de la empresa la situación de embarazo de su compañera sentimental. El trabajador tenía la intención de acompañar a su pareja a las primeras visitas médicas, de tal modo que el 3 de octubre de 2019 le solicitó a sus responsables un permiso para acudir a una cita agendada. Desgraciadamente el 24 de octubre de 2019 la compañera sentimental del trabajador sufrió un aborto diferido. Ante estos hechos, el trabajador le comunicó a sus responsables que al día siguiente no podía ir a trabajar, ya que su pareja estaba hospitalizada. Esta comunicación se realizó a través de Whatsapp, obteniendo como respuesta de su encargado: "OK sintoo". Finalmente, el trabajador fue despedido el 29 de octubre, es decir, cinco días más tarde del aborto.

Por su parte, el contexto en el que nació la segunda sentencia era más "simple". En él se puso de manifiesto el despido de un trabajador por una eventual disminución voluntaria y continuada del rendimiento de trabajo, con la particularidad de que dicho despido se realizó tan solo dos días después de que la mujer del trabajador diese a luz.

Entre los dos escenarios anteriores existe una ligera diferencia, ya que en uno de ellos el embarazo llegó a término y efectivamente nació el hijo del trabajador y en el otro no.

---

<sup>2</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017) o de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018).

En todo caso, en ambas sentencias el TSJ calificó estos despidos como nulos, por obedecer al hecho del embarazo/parto y a todas las consecuencias que se podían derivar de ello en el futuro, como los permisos o las bajas de paternidad. La inmediatez temporal entre los despidos y el aborto/parto constituía un indicio de discriminación en ambos casos que no había sido destruido por los empresarios. Así, el TSJ declaró expresamente que los trabajadores habían sido tratados de forma menos favorable por uno de los rasgos o características protegidas en el ordenamiento jurídico, como era el parto o nacimiento de un hijo. En efecto, esa característica no concurría en los propios trabajadores, porque no habían estado embarazados ni habían dado a luz. Sin embargo, el tribunal entendió que debía proyectársele a ellos la misma protección que el ordenamiento jurídico dispensaba a las trabajadoras discriminadas por razón de sexo (embarazo y maternidad).

En ambos supuestos esa proyección de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo se realizó atendiendo a la relación entre los trabajadores y su pareja, en la que sí concurría la característica especialmente protegida. En este sentido, la sentencia de 4 de marzo de 2021 ofrece una reflexión interesante a la hora de valorar la entidad de esa conexión entre los sujetos, en la medida en que el trabajador no estaba casado con su compañera ni conformaban una pareja de hecho. A juicio del TSJ de Galicia, lo anterior no suponía ningún obstáculo para la aplicación efectiva de la discriminación por asociación, ya que esa relación sentimental conocida por la empresa tenía identidad suficiente para ello.

En resumen, esta línea interpretativa del TSJ de Galicia permite dar un paso más en la protección real del derecho fundamental a la igualdad. Se trata de sentencias que han abordado la discriminación laboral desde una perspectiva de género poco transitada hasta el momento pero que, sin lugar a duda, supone el germen de pronunciamientos posteriores.

## **2.2. DISCRIMINACIÓN POR APARIENCIA DE DISCAPACIDAD. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 13 DE ABRIL DE 2021 (rec. 160/2021)**

Esta sentencia se ha reconocido como el primer pronunciamiento judicial español que ha dado nombre y ha conceptualizado la discriminación por apariencia. Lo cierto es que, de forma indirecta, la lectura de los hechos del caso planteados al TSJ de Galicia ya dejaban entrever la posibilidad de una respuesta garantista.

Este proceso tenía por objeto examinar la licitud de un despido de un trabajador adoptado el mismo día en que éste había sufrido un accidente durante la prestación de trabajo. El trabajador protagonista prestaba servicios para la empresa como conductor-repartidor. El 20 de julio de 2020, volviendo a la furgoneta de reparto, fue atropellado en un paso de peatones por otro vehículo, que lo lanzó contra la calzada. Como consecuencia del golpe recibido fue trasladado inmediatamente al hospital. La Policía Local puso en conocimiento de la empresa el suceso y el empresario incluso acudió al hospital para interesarse por la salud del trabajador. No obstante, el mismo día de la visita el empresario procedió a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social. Interpuesta demanda por el trabajador, el despido fue calificado como improcedente en primera instancia y no como nulo, porque el trabajador no tenía secuelas suficientes para ser considerado discapacitado. Disconforme con la resolución, el trabajador acudió en suplicación ante el TSJ de Galicia, solicitando la declaración de nulidad del despido por ser discriminatorio por razón de discapacidad.

A juicio del TSJ, la resolución del caso debía partir del esclarecimiento de la normativa antidiscriminatoria aplicable. En concreto, debía analizarse previamente si los efectos de la normativa exigían que concurriese la característica especialmente protegida en la persona presuntamente discriminada o bastaba con su apariencia, ya que el trabajador en el momento del enjuiciamiento no podía ser considerado como discapacitado. Para formular su respuesta el TSJ contrapuso la normativa antidiscriminatoria comunitaria y la normativa antidiscriminatoria nacional. La redacción de la normativa antidiscriminatoria nacional (art. 2.c del Real Decreto Legislativo 1/2013) sí parece exigir dicha concurrencia. Sin embargo, la normativa antidiscriminatoria comunitaria [art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78] no requiere



que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino únicamente que sea discriminado “por razón de” discapacidad. Ante la divergencia entre ambas normativas, el TSJ consideró prevalente la definición comunitaria. Ello permitía encajar los supuestos en los que “un sujeto era discriminado por una discapacidad que el sujeto discriminador creía que tenía en base a una apariencia, con independencia de que finalmente la tuviese o no”.

Una vez dispuesto lo anterior, el TSJ de Galicia especificó que la condena de la discriminación por apariencia requería de un elemento objetivo y de un elemento subjetivo. El elemento objetivo estaba referido a la apariencia razonable de discriminación. En este sentido, a juicio del tribunal el pronunciamiento de instancia había incurrido en un error de planteamiento. En efecto, el juzgador había considerado que el despido no podía ser calificado como nulo ya que las secuelas sufridas por el trabajador, en la fecha del alta hospitalaria, no entraban dentro del concepto amplio de discapacidad. Sin embargo, el TSJ afirmó que la calificación del despido como presuntamente discriminatorio debía atender a la situación existente en la fecha en la que se produjo dicho despido y no a una fecha posterior. Los hechos objetivos acaecidos el día del despido no eran más ni menos que el atropello de un trabajador que tuvo que ser llevado con urgencia al hospital. Según el TSJ, esos hechos configuraban una apariencia razonable de incapacidad duradera en el trabajador que el empresario había podido constatar, teniendo en cuenta que no se conocía todavía que sus dolencias pudiesen finalizar a corto plazo.

Por su parte, el elemento subjetivo debía atender a la actuación culpable del empresario. En opinión del tribunal, esta podía constatare gracias a la conexión temporal tan fuerte entre el accidente, es decir, la apariencia de discapacidad, y el despido, acaecidos ambos el mismo día. La vinculación entre el elemento objetivo y el elemento subjetivo mostraba en definitiva que el móvil del despido del trabajador se ceñía a las consecuencias o efectos jurídicos derivados del accidente, es decir, a su aparente discapacidad. En consecuencia, el tribunal consideró este despido como

discriminatorio por apariencia de discapacidad, conduciendo directamente a su nulidad.

### **3. EL ART. 34.8 DEL ET Y LAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DE LA FORMA DE PRESTACIÓN DE TRABAJO**

La nueva redacción del art. 34.8 del ET, otorgada por el art. 2 del Real Decreto-Ley 6/2019, ha obligado a la delimitación de su contenido y alcance. De hecho, en ediciones anteriores de la revista se han recogido sentencias que insistían en la interpretación y configuración del derecho a la conciliación y adaptación del trabajo como un derecho individual de los trabajadores, de dimensión constitucional. Sin embargo, los términos tan amplios de este precepto han hecho plantearse si, dentro de él, caben todo tipo de adaptaciones del trabajo. De ello dan testigo las sentencias del TSJ de Galicia de 25 de marzo de 2021 (rec. 3687/2020) y de 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021).

El relato fáctico de estas sentencias comparte un punto en común. En ambos se puso de manifiesto cómo podían afectar a la atención de la familia la distancia entre el domicilio y el centro de trabajo y los desplazamientos excesivamente largos. No obstante, ante el mismo problema de conciliación, la naturaleza específica de cada puesto de trabajo exigió que las propuestas fuesen diferentes. Así, mientras que en un supuesto se propuso acudir al régimen del trabajo a distancia, el otro tuvo que reconducirse a un traslado geográfico, dada la obligatoriedad de un desempeño presencial. En cierta medida, estas sentencias se alejaron de la temática habitual de los procedimientos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en los que generalmente se suelen discutir medidas de adaptación centradas en los horarios y en las jornadas. Las medidas protagonistas aquí fueron las vinculadas con la adaptación de la "forma" de prestación de trabajo, en coherencia con las particularidades de cada relación laboral y de cada familia.

#### **3.1. TELETRABAJO Y CONCILIACIÓN. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 25 DE MARZO DE 2021 (REC. 3687/2020)**

Este pronunciamiento judicial tuvo como origen una solicitud o petición de conciliación consistente en la prestación híbrida del trabajo, en régimen de teletrabajo y en régimen presencial. La trabajadora, directora de un centro residencial, era madre de un hijo menor de 12 años y convivía con su familia en una localidad diferente a aquella en la que se encontraba su centro de trabajo. La trabajadora tenía un horario de lunes a viernes de 09:00 a 17:00 horas, mientras que su marido trabajaba a turnos, en jornadas de 14 horas en mañana o tarde durante tres días a la semana. A juicio de la trabajadora, esta situación dificultaba la atención y cuidado de su hijo, que acudía al colegio de lunes a viernes de 09:00 a 14:00 horas y, además, realizaba actividades extraescolares las tardes de los martes y los miércoles. Por ello, el 28 de enero de 2020 envió un burofax a la dirección de recursos humanos de la empresa, solicitando acogerse a la modalidad de trabajo a distancia en un 60% de la jornada (3 días) y de asistencia presencial al centro el 40% de la jornada restante (dos días) hasta que su hijo cumpliera los 12 años. La petición de la trabajadora tenía pleno encaje jurídico en el art. 34.8 del ET, que reconocía expresamente el derecho a solicitar la adaptación de la forma de prestación por necesidades de conciliación, incluida la prestación de trabajo a distancia.

Tras esta petición y, en concreto, tras el alta de la trabajadora de su situación de incapacidad temporal, se inició entre las partes un proceso de negociación. Empresa y trabajadora concertaron hasta 2 reuniones y se intercambiaron numerosos correos electrónicos en los que se ofrecían varias alternativas. La empresa partía de la consideración de que la trabajadora desempeñaba un puesto de responsabilidad que requería su presencia diaria en el centro. Por ello, le propuso fundamentalmente medidas alternativas de adaptación del horario y de la jornada tales como plena flexibilidad de entrada, prolongación de la jornada en determinados días (para trabajar menos horas los días de mayor necesidad de conciliación), reducción de jornada o, en fin, desarrollo de mitad de la jornada diaria en régimen de teletrabajo. Ante la negativa de la trabajadora a esas propuestas, la empresa finalmente declinó su petición basándose en causas

organizativas y productivas y, en concreto, en el supuesto desempeño presencial obligatorio.

Vista la postura final de la empresa, la trabajadora interpuso demanda reclamando el derecho a la adaptación de su trabajo en los términos inicialmente solicitados. Esta demanda fue estimada en primera instancia, reconociéndosele el derecho a prestar sus servicios en modalidad de trabajo a distancia durante 8 horas efectivas diarias tres días a la semana y en la modalidad de trabajo presencial de 8 horas diarias en su horario habitual los restantes dos días. La empresa demandada interpuso recurso de suplicación contra esta sentencia ante el TSJ de Galicia.

La empresa denunció en su recurso, en primer lugar, una infracción de las normas o garantías del procedimiento [art. 193.a) de la LRJS]. A su entender, la sentencia de instancia había incurrido en una incongruencia omisiva, en la medida en que no especificaba cómo se distribuía la semana a partir de dicha medida de conciliación. En la demanda inicial la trabajadora había mostrado su preferencia por el teletrabajo los lunes, miércoles y viernes, si bien reconocía la posibilidad de que estos días fuesen modificados de forma flexible, con al menos 48 horas de antelación. Efectivamente en la sentencia de instancia el juzgador no había fijado qué concretos días debían desarrollarse en régimen de teletrabajo. Sin embargo, esa omisión era "intencional", por entenderse que la flexibilidad expresada por la trabajadora no encajaba bien con una fijación rígida de los días. A juicio del juzgador de instancia, la solución debía ser consensuada entre las partes, a través de un proceso de negociación en el que se basculasen los intereses de ambas. El TSJ mostró una postura totalmente coincidente con la del juzgador de instancia, rechazando la existencia de incongruencia omisiva. Así, el tribunal no solo reprochó a la empresa que no hubiese petitionado la aclaración y/o complemento de la sentencia de instancia antes de la interposición del recurso. También reprochó su rígida postura desfavorable a la solución extrajudicial e intrajudicial de los conflictos laborales, comparándola con la transigencia de la trabajadora, a la que sí podía interesarle un establecimiento fijo de los días.

En segundo lugar, y ya centrándose en los aspectos normativos del art. 34.8 del ET, la empresa denunció dos extremos. Por una parte, la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la propuesta de la trabajadora. Por otra parte, la existencia de razones organizativas y productivas que impedían su adopción. Según la empresa era incomprensible que la trabajadora solicitase trabajar desde casa para conciliar su vida personal, familiar y laboral cuando el hijo iba estar en el colegio gran parte del día y, además, el horario del marido permitía su atención. A lo anterior se añadía la propia naturaleza del puesto de la trabajadora. La empresa alegaba que esta, como directora de la residencia, desempeñaba un puesto de responsabilidad cuyas funciones requerían su presencia física diaria en el centro de trabajo (atención de visitas de familiares e inversores, representación ante las administraciones públicas, supervisión de la atención de calidad y confort de los usuarios, etc.).

El TSJ de Galicia rechazó frontalmente los motivos esgrimidos por la empresa. El tribunal entendió que las funciones que debía desarrollar la trabajadora no exigían su presencia permanente en el centro de trabajo. La fórmula de trabajo híbrida permitía coordinar los días de asistencia al centro de trabajo para aglutinar o encajar en ellos aquellas actividades que sí debían ser realizadas presencialmente. Todo ello sin perjuicio de que, según apuntó el tribunal, la gestión telemática de entrevistas, proveedores o contratación no era solo posible, sino también deseable y prevalente en una situación de crisis sanitaria como la actual. Todos los hechos del caso determinaban que la medida solicitada por la trabajadora facilitaba efectivamente la conciliación, sin que fuese preciso probar una necesidad de conciliación insuperable o imposible de solventar a través de otros miembros de su familia. En consecuencia, el tribunal desestimó el recurso de la empresa y reconoció a la trabajadora el derecho a las medidas de teletrabajo en los términos solicitados.

En definitiva, esta sentencia destaca no sólo por mostrar cómo las nuevas tecnologías pueden favorecer las necesidades de conciliación de determinados trabajadores.

También sobresale por su llamada de atención a la evitación del conflicto y a la negociación. La solución extrajudicial e intrajudicial de los conflictos en materia de conciliación y, en concreto, las posturas de transigencia de las partes pueden dar lugar a puntos de encuentro y a resultados que satisfagan los intereses preponderantes.

De aquí en adelante puede que el régimen del teletrabajo protagonice los procedimientos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. No obstante, deberá vigilarse con especial cautela que esta forma de prestación sea garantista con los restantes derechos fundamentales de los trabajadores y, en concreto, con su derecho a la desconexión digital.

### **3.1.1. TRASLADO DE CENTRO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 25 DE MAYO DE 2021 (REC. 335/2021)**

Esta sentencia constituye un referente en la interpretación y comprensión del tenor literal del art. 34.8 del ET por dos motivos. En primer lugar, porque a través de ella se ha intentado delimitar los conceptos jurídicos indeterminados de este precepto para comprobar si, entre las medidas de adaptación para la conciliación, se pueden encuadrar otras no tan “tradicionales” como el traslado de centro de trabajo. En segundo lugar, porque en ella el TSJ de Galicia ha realizado una importante labor de ponderación entre los intereses de las partes, contraponiendo el derecho de conciliación con el derecho a la estabilidad en la relación laboral.

Esta ponderación solo se puede comprender si se contextualizan los hechos que dieron origen al pronunciamiento. La trabajadora del caso prestaba servicios para la empresa como vendedora, a jornada completa, y tenía dos hijos menores de doce años. En octubre de 2019 la trabajadora solicitó a la empresa una reducción de la jornada para el cuidado de sus hijos (art. 37.6 ET) y, a su vez, el traslado a un centro de trabajo situado en la localidad en la que ella residía con su familia. La trabajadora entendía que esa última medida ayudaba a sus necesidades de conciliación, ya que pasaba más de 70 minutos desplazándose en los viajes de ida y vuelta al trabajo. A los

pocos días las partes llegaron a un acuerdo de reducción de jornada, si bien la empresa dejó al margen la solicitud de traslado geográfico. Posteriormente, a finales de ese mismo mes, la empresa publicó dos ofertas de contrato temporal para el centro de trabajo al cual la trabajadora había solicitado ser desplazada. A ello se le sumó que, en enero de 2020, la empresa transformó en un contrato indefinido el contrato de un trabajador interino que prestaba sus servicios a jornada completa en ese mismo centro.

Ante estos hechos la trabajadora interpuso demanda en virtud del art. 34.8 del ET, solicitando como medida de conciliación el cambio o traslado al centro de trabajo de su localidad. Su demanda fue desestimada en primera instancia, acudiendo así en suplicación ante el TSJ. La empresa se opuso al recurso alegando, por una parte, que desconocía que dentro del art. 34.8 del ET cupiese ese tipo de medida y que, por otra parte, en el centro de trabajo solicitado no había vacantes disponibles, debiendo prevalecer el derecho a la estabilidad del trabajador temporal.

Para el tribunal, la resolución a este conflicto pasaba por dar respuesta a cuatro preguntas. La primera era si dentro de las medidas de adaptación de la "forma de prestación de trabajo" previstas por el art. 34.8 del ET podían incluirse las medidas referentes al lugar o al centro de trabajo. El tribunal era consciente de que en esta cuestión se enfrentaba a un concepto jurídico indeterminado que debía interpretar teniendo en cuenta la propia finalidad de la legislación y la dimensión constitucional del derecho a la conciliación. Consideró así que la nueva redacción del art. 34.8 del ET no limitaba los supuestos de adaptación de la forma de prestación a la fórmula del trabajo a distancia, que se mencionaba únicamente a título de ejemplo o de posibilidad. Siguiendo una interpretación amplia, el tribunal estimó que dentro del precepto tenían cabida todas las adaptaciones vinculadas a los aspectos de la prestación de servicios que conformaban el contenido del contrato de trabajo y su exteriorización, siempre que permitiesen la conciliación de la vida familiar. Por ello, afirmó que los términos del art. 34.8 del ET efectivamente sí amparaban las solicitudes de cambio de trabajo cuando esto fuese razonable y proporcionado con

las necesidades del trabajador y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En relación con este último requisito, el TSJ formuló su segunda pregunta: ¿la trabajadora tenía derecho al cambio de centro de trabajo en las condiciones convencionales y estatutarias? La respuesta exigía analizar si la solicitud de la trabajadora era motivada y razonable. En este sentido, el tribunal recordó de nuevo que el derecho a solicitar la adaptación no obligaba a la trabajadora a demostrar una necesidad insuperable, sino simplemente que la medida solicitada contribuía a la efectividad de la conciliación. A la vista de los hechos y, en especial, atendiendo al horario de la trabajadora y a los desplazamientos que debía realizar, el TSJ entendió que sí se trataba de una medida adecuada. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal destacó con acierto que el derecho de solicitud de conciliación de la trabajadora no era un derecho absoluto. Por el contrario, se encontraba limitado por las posibles necesidades organizativas y productivas de la empresa. Esto condujo a la tercera pregunta del tribunal: ¿efectivamente existían vacantes en el centro de trabajo en el momento de la solicitud?

En determinados correos electrónicos aportados al proceso la gerencia de la empresa afirmaba que en ese centro de trabajo se necesitaban dos trabajadores fijos a tiempo completo. El tribunal entendió que la necesidad de este tipo de personal debía entenderse como una vacante, aunque la empresa hubiese preferido cubrirla transformando los contratos de trabajadores temporales antes que atendiendo a la petición de la trabajadora. Esta postura llevaba, por lo tanto, a la cuarta y última pregunta: ¿cuál era el derecho prioritario en caso de confrontación entre el derecho de conciliación de la vida familiar y el derecho a la estabilidad en el empleo de un trabajador temporal? El TSJ de Galicia consideró que el derecho preferente era el primero. El derecho a la conciliación suponía la expresión del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), mientras que el derecho a la estabilidad era expresión del derecho al empleo (art. 35 CE), que no compartía ese carácter. Según el tribunal, el motivo esgrimido por la empresa en torno a la estabilidad de los trabajadores temporales no era lo suficientemente fuerte



para desvirtuar la petición de la trabajadora. Incluso podían haberse satisfecho los dos intereses, ofreciendo a la trabajadora esa plaza creada *de facto* en el centro de trabajo solicitado y al trabajador temporal la plaza indefinida que ésta dejaba en el otro centro.

Todo lo expuesto conducía para el tribunal a una vulneración del derecho a la conciliación de la trabajadora. La falta de respuesta a la petición de traslado en el acuerdo inicial suscrito suponía una negativa empresarial tácita e injustificada, que terminaba por inclinar la balanza a favor de la trabajadora. Así, finalmente el TSJ de Galicia reconoció su derecho de traslado al centro de trabajo solicitado.

Gracias a este pronunciamiento se puede afirmar ya con ligera seguridad que las medidas de adaptación para la conciliación del art. 34.8 del ET sí abarcan los traslados de centro de trabajo, supeditados en todo caso a las necesidades organizativas y productivas de la empresa entre las que se puede encontrar la existencia o inexistencia de vacantes. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de junio de 2021 (rec. 4509/2021) viene a reafirmar esta postura, en la medida en que en ella efectivamente se denegó el traslado de centro de trabajo como medida de conciliación ante una inexistencia verificada de puestos disponibles.

#### **4. EL PAPEL DE WHATSAPP EN LA COMUNICACIÓN LABORAL**

El impacto de las nuevas tecnologías de comunicación en las relaciones laborales no es nuevo. En algunos entornos productivos las plataformas de mensajería instantánea ya constituyen el canal a través del cual el empresario emite las órdenes a los trabajadores. Estos hechos llevan a cuestionarse la viabilidad de las decisiones empresariales comunicadas a los trabajadores mediante este tipo de plataformas, especialmente cuando estas no tienen una finalidad predominantemente laboral y los trabajadores las emplean para su vida privada y personal. Con esta intención se traen a colación dos sentencias del TSJ de Galicia en las que se analizó la validez de dos tipos de comunicaciones vía Whatsapp: la comunicación de órdenes empresariales a un

grupo de trabajadores y la comunicación de despido a un trabajador individual.

#### **4.1. WHATSAPP COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN DE ÓRDENES DE TRABAJO. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 14 DE MAYO DE 2021 (NÚM. REC. 1075/2021)**

La correcta comprensión de este pronunciamiento parte de esclarecer el escenario global en el que tuvieron lugar los hechos enjuiciados. El punto de partida se sitúa en el 20 de marzo de 2020, es decir, en un momento de desconcierto total motivado por la irrupción de la pandemia de la COVID-19. La ausencia de un horizonte claro y la inmediatez con la que se sucedían los contagios obligaron a muchas empresas a organizar de forma “rudimentaria” medidas de protección y prevención de sus trabajadores y clientes. Así lo hizo la empresa protagonista del caso, que en dicha fecha creó un grupo de Whatsapp llamado “Covid-19”, en el que reunió a todos los trabajadores y encargados de sus establecimientos (más de 50 participantes) para irles comunicando las medidas que debían adoptar. Así, entre otras instrucciones, se les indicó que debían usar mascarilla durante todo el turno de trabajo, que esta debía tapar la nariz y la boca y que sólo podían quitársela cuando estuviesen comiendo o bebiendo.

En los días siguientes las cámaras de vigilancia de la empresa captaron a una trabajadora con la mascarilla bajada en momentos puntuales. En alguna de esas ocasiones la trabajadora estaba comiendo o bebiendo algo, pero en otras simplemente tenía la mascarilla en el cuello cuando limpiaba o hablaba por teléfono. Ante estos hechos, el 24 de abril la empresa le comunicó a la trabajadora carta de despido, recogiendo en ella todos los momentos en los que incumplió el uso estricto de la mascarilla.

La trabajadora impugnó su despido judicialmente, siendo declarado improcedente en primera instancia. Frente a dicho pronunciamiento la empresa interpuso recurso de suplicación, solicitando su estimación y la procedencia del despido. La empresa entendía que la trabajadora había sido correctamente advertida de la obligatoriedad del uso de las mascarillas a partir de lo que se desprendía del contenido de

los grupos de Whatsapp, en los que figuraba como participante. A pesar de que en aquel momento no existía normativa estatal ni certidumbre sobre el uso de la mascarilla, la empresa consideraba que las normas habían sido claras y que su transgresión constituía un incumplimiento grave y trascendente y una transgresión de la buena fe contractual.

Para analizar la calificación de este despido el TSJ procedió a valorar todas las circunstancias y el contexto de los hechos, pero no lo hizo a partir del conocimiento "pandémico" actual, sino a partir de lo que se sabía en la fecha del despido. En todo caso, y centrándose específicamente en las comunicaciones vía Whatsapp, el TSJ recordó que el despido era la sanción máxima a la desobediencia, requiriendo entonces que las órdenes incumplidas hubiesen sido notificadas de forma fehaciente y diligente. A su juicio, las comunicaciones de la empresa en el grupo de Whatsapp sobre el uso de la mascarilla no cumplían dicho requisito. En primer lugar, porque en la práctica el grupo acabó dedicándose a temas de todo tipo al margen de las medidas de seguridad. Ello provocaba que las referencias al uso de las mascarillas fueran mínimas y que pasasen totalmente desapercibidas entre los restantes mensajes. En segundo lugar, porque el grupo contaba con una participación numerosa y no constaba de forma fehaciente que la trabajadora hubiese leído los mensajes.

El TSJ efectivamente admitió que la situación en la que se habían producido los hechos fue excepcional tanto para la empresa como para los trabajadores. La empresa había empleado todos los medios a su alcance para transmitir las instrucciones a los trabajadores a la vista de las restricciones sanitarias. Sin embargo, el tribunal consideró esas comunicaciones vía Whatsapp no eran lo suficientemente efectivas y claras como para conducir a un despido, que solo se justificaría si las medidas incumplidas estuviesen recogidas también en un protocolo comunicado mediante otros medios. Finalmente, y atendiendo a la escasa gravedad de los hechos cometidos, el despido fue declarado improcedente.

#### **4.2. WHATSAPP COMO MEDIO DE NOTIFICACIÓN DEL DESPIDO. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 20 DE MAYO DE 2021 (REC. 47/2021)**

La sentencia del TSJ de Galicia de 20 de mayo de 2021 (rec. 47/2021) examinó, entre otras cuestiones, la adecuación a la normativa laboral de la notificación de un despido a través de Whatsapp. Tras una serie de conflictos previos entre la empresa y el trabajador, este último no se reincorporó al puesto de trabajo una vez recibida el alta médica de la situación de incapacidad temporal. El trabajador alegaba como justificación de su ausencia el hecho de que la empresaria no hubiese atendido a sus peticiones y no le hubiese facilitado el vehículo que le había solicitado para transportar los ordenadores de la empresa. Ante este hecho, el 24 de septiembre de 2019 la empresaria le comunicó al trabajador mediante un Whatsapp su despido disciplinario, por falta de asistencia al trabajo. A dicha comunicación se le acompañó ese mismo día un burofax enviado al domicilio del trabajador que constaba en el contrato de trabajo, si bien fue devuelto por no ser ese su domicilio actual. El trabajador no contestó al Whatsapp de la empresaria, la cual volvió a ponerse en contacto con él a través de los mismos medios para solicitarle la devolución de las llaves del local. Nueve días después el trabajador recibió un correo electrónico de la empresaria, en el que se le notificaba de nuevo su despido. Este relato fáctico mostraba cómo la empresaria había comunicado al trabajador su despido mediante tres medios diferentes. No obstante, el primer medio empleado había sido la mensajería instantánea Whatsapp. Esto exigía verificar si dicha comunicación cumplía con lo dispuesto en el art. 55.1 del ET, en virtud de la cual el despido debe ser notificado por escrito al trabajador. Para realizar esa verificación el TSJ contrapuso estas comunicaciones o notificaciones con las cartas de despido clásicas, en las que consta la firma del empresario o su representante y se acredita la recepción del trabajador. Para el TSJ las comunicaciones de despido vía Whatsapp no podían considerarse fehacientes en la medida en que sólo podía obtenerse la confirmación de la emisión de la comunicación, pero no de la entrega. En la sentencia se valoró que este tipo de plataformas de mensajería

instantánea no dejan constancia de la recepción de la comunicación, bastando con que el trabajador hubiese bloqueado la recepción de mensajes del empresario o que hubiese salido del grupo que compartían. Esto llevó al tribunal a determinar que la notificación del despido vía Whatsapp no podía ser considerada una comunicación válida ni “mucho menos, surtir los mismos efectos que una notificación por escrito clásica”. Además, se trataba de un mecanismo de comunicación que podía atentar contra otros derechos del trabajador, como los derechos fundamentales o el derecho a la desconexión digital. En todo caso, el TSJ sí terminó declarando el despido como procedente, ya que en el caso concreto el “defecto” de la comunicación a través de Whatsapp se había suplido con una válida notificación a través de correo electrónico.

## **5. LA VIDEOVIGILANCIA DE LOS EMPLEADOS DEL HOGAR. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 28 DE JUNIO DE 2021 (REC. 1545/2021)**

La videovigilancia de los trabajadores viene siendo una cuestión ampliamente debatida y estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, haciendo hincapié en el papel de las grabaciones como prueba de actos constitutivos de despido. La normativa de protección de datos ha otorgado un marco jurídico al tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de cámaras o videocámaras. Sin embargo, ese marco jurídico tiene carácter general y no recoge las particularidades de las relaciones laborales. Esto ha determinado que, en la actualidad, tengan que ser los jueces y tribunales los que adapten esa normativa al ámbito laboral, a través de los casos que se plantean ante ellos.

En esta labor han jugado un papel importante no solo la jurisdicción nacional, sino también la jurisdicción internacional. Ha destacado especialmente la línea marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *López Ribalda II*, en torno al deber de información a los trabajadores sobre la existencia de sistemas de vigilancia en

el centro de trabajo<sup>3</sup>. Evidentemente esta sentencia no agotó todos los escenarios posibles de la videovigilancia laboral y el despido, porque estaba dedicada a resolver un caso específico. Por ello, han seguido planteándose supuestos muy concretos y diferentes que han obligado a profundizar en dicha línea jurisprudencial. Un ejemplo representativo de esto se puede observar en la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2021 (rec. 1545/2021), en la que se enjuició el despido de una empleada del hogar después de que los empleadores constataran unos hurtos mediante cámaras espías.

La trabajadora prestaba servicios como empleada del hogar en el domicilio en el que vivían los dos empleadores y sus tres hijos. En la vivienda existía una hucha que pertenecía a los tres hijos, en la que iban poniendo el dinero que les daban bien sus padres o bien otros familiares o amigos. En un determinado momento los hijos y uno de los empleadores apreciaron que faltaba dinero en ella, de tal modo que instalaron una cámara en el interior de la vivienda que grababa directamente a la hucha. Se trataba de una cámara espía, cuya existencia era totalmente desconocida para la trabajadora. En las más de 130 horas de grabación se apreció a la trabajadora manipulando la hucha innecesariamente y tomando dinero de ella en varias ocasiones. En consecuencia, los empleadores procedieron a su despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, siendo declarado procedente en primera instancia.

Disconforme con la resolución, la trabajadora interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia alegando, entre otros motivos, la vulneración de la normativa de protección de datos, ya que no se le había informado previamente acerca de la instalación de cámaras de vigilancia en el lugar de trabajo.

Para dar respuesta a esta cuestión, el tribunal comenzó esclareciendo los marcos jurídicos habilitantes de la

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, *López Ribalda II*, números 1874/13 y 8567/13.

videovigilancia en el trabajo, a partir de lo dispuesto en el art. 20.3 del ET, los arts. 22 y 89 de la LOPD y el art. 12 del RGPD. A juicio del tribunal existían dos marcos jurídicos diferenciados. En primer lugar, se encontraría la videovigilancia de carácter no laboral, implementada con la finalidad de preservar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones (art. 22 de la LOPD). En este supuesto, para entender cumplido el deber de información impuesto por la normativa de protección de datos bastaría con la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible que identificase, al menos, la existencia del tratamiento de los datos, la identidad del responsable de los datos y la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO. En segundo lugar, se encontraría la videovigilancia laboral específica, es decir, aquella que se implantaba con la finalidad concreta de grabar la actuación de los trabajadores. En este supuesto se obligaba al empleador al cumplimiento de las exigencias establecidas en la normativa de protección de datos y en la normativa laboral. Consecuentemente, debería informar con carácter previo a los trabajadores y, en su caso, a los representantes, acerca de la implantación de estos sistemas. En todo caso, el TSJ afirmó que la normativa no exigía que en ninguna de esas obligaciones de información se incorporase la ubicación exacta de las cámaras.

El tribunal entendió que el sistema implantado por los empleadores encajaba en el segundo tipo de videovigilancia, ya que se trataba de un sistema destinado a comprobar la prestación laboral de la trabajadora. Sin embargo, también consideró que al supuesto concreto no le resultaba de aplicación la obligación específica de información expresa a la trabajadora. Esa información quedaba relevada ante la comisión de un acto ilícito (hurto de dinero), siendo suficiente entonces con el cumplimiento de la obligación prevista para los supuestos de videovigilancia general. El TSJ consideró que el deber de colocar un dispositivo informativo en un lugar suficientemente visible no cedía ni ante la comisión de actos ilícitos.

Por la propia naturaleza de la cámara instalada, en el caso enjuiciado los empleadores no colocaron ningún tipo de distintivo. Por ello, ante la ausencia de la información

legalmente exigible, el TSJ determinó que las imágenes y grabaciones de la trabajadora no se podían tomar en consideración a efectos probatorios de la conducta del despido. No obstante, y sin desvirtuar esta afirmación categórica, el tribunal también realizó un breve apunte sobre el contexto del caso examinado. La jurisprudencia precedente al caso y la normativa de protección de datos podían adecuarse bien a las empresas prototipo con establecimientos abiertos al público. Sin embargo, en el caso concreto la prestación de servicios de la empleada del hogar se desarrollaba en un domicilio particular, en condiciones de intimidad familiar. En este sentido, el TSJ apuntó que una interpretación finalista de la normativa de protección de datos podía conducir en estas relaciones a una excepción parcial de la obligación de información mediante dispositivos o carteles. El TSJ de Galicia parece abrir una nueva interpretación de la información mínima exigible mediante este apunte, si bien el supuesto enjuiciado no ofreció la posibilidad de reflexionar más allá en este sentido, ya que en él la ausencia de información fue total.

Sin duda, lo trascendental de este fallo no es tanto la calificación final de la conducta de la trabajadora como el valor probatorio de las grabaciones de sistemas de videovigilancia. El TSJ ilustró en cierta medida cómo la normativa de protección de datos no se adapta fácilmente a todo tipo de relaciones laborales y, en concreto, a las relaciones laborales especiales de los empleados del hogar, en virtud del contexto en el que surgen. Tratándose de una cuestión puramente casuística, serán necesarias futuras resoluciones judiciales que ahonden en la materia y ponderen los delicados intereses de las partes.