

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

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

Lidia.gil.otero@usc.es

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

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

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

No número anterior da revista esta sección dedicaba varias páxinas aos conflitos laborais derivados da irrupción da pandemia. En efecto, durante o segundo semestre de 2020 destacaron as causas xudiciais enfocadas no control da licitude das medidas de paralización da actividade empresarial, durante os momentos máis duros da COVID-19. É certo que no primeiro semestre de 2021 aínda poden atoparse pronunciamentos do TSX de Galicia que parten dese mesmo contexto, que serán analizados no primeiro apartado deste estudo. Con todo, debe destacarse que as sentenzas que abordaron neste período a cuestión “pandémica” fixérono dende unha perspectiva diferente. Nelas maioritariamente discutíronse as consecuencias xurídico-laborais a curto e medio prazo de todas as medidas anteriores e, en definitiva,

o impacto da crise sanitaria nas empresas unha vez reactivada a produción.

Por outra banda, como vén sendo habitual, neste mesmo período destacaron tamén importantes sentenzas do TSX de Galicia para a efectividade do dereito á igualdade dos traballadores. Hai escasos meses os principais medios dixitais facíanse eco de dous pronunciamentos deste tribunal que, por primeira vez na xurisprudencia, recoñecían a discriminación por aparencia de discapacidade e a discriminación “por ser pai”. Estas sentenzas ocuparán o segundo apartado do presente estudo, analizando así as novas perspectivas de interpretación da normativa antidiscriminatoria.

En liña coa defensa ao dereito á igualdade, no terceiro apartado examínanse tamén outras dúas sentenzas do TSX de Galicia centradas nas medidas de conciliación da vida persoal, laboral e familiar, como o teletraballo ou os traslados de centro de traballo. A razón de ser dalgunhas destas medidas coincide co auxe e a irrupción das novas tecnoloxías da comunicación e a información, que permiten a conexión do traballador cando e onde queira. Efectivamente, estas ferramentas poden propiciar maiores facilidades aos traballadores para atender o desenvolvemento da súa vida persoal e familiar. Con todo, non debe perderse de vista que estas tecnoloxías tamén poden chocar con outros dereitos dos traballadores, como o dereito á desconexión, o dereito a recibir ordes a través dunha canle adecuada ou o dereito á propia imaxe. Estes riscos foron analizados xa polo TSX de Galicia en determinadas sentenzas, que ocuparán o cuarto e quinto apartado deste estudo. O cuarto apartado estará dedicado ao papel que desempeñan na relación laboral plataformas de mensaxería instantánea como Whatsapp. Estudárase o seu papel como medio de transmisión de ordes empresariais e como medio de comunicación e notificación dun despedimento. Pola súa banda, o quinto apartado estará dedicado ás garantías dos empregados do fogar ante os sistemas de videovixilancia, resolvendo que sucede cando o centro de traballo onde se prestan os servizos e onde están instaladas cámaras ocultas coincide co domicilio do empresario.

1. A PROHIBICIÓN DE DESPEDIMENTO E AS CAUSAS INDIRECTAS DOS ERTE. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 9 DE MARZO DE 2021 (REC. 54/2021)

Como ben é sabido, durante a xestión da crise sanitaria o Goberno apostou polo mantemento do emprego e a protección das relacións laborais vixentes. Así, aínda que se flexibilizaron os mecanismos dos ERTE, ao mesmo tempo prohibíronse tamén os despedimentos baseados na forza maior e nas causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción que serviran de base para esas suspensións dos contratos (art. 2 do Real decreto-lei 9/2020, en conexión cos arts. 22 e 23 do Real decreto-lei 8/2020). Nesta liña, a sentenza do TSX de Galicia do 9 de marzo de 2021 (rec. 54/2021) tivo por obxecto o estudo da conexión entre as causas dun ERTE e as causas dun despedimento posterior, como requisito *sine qua non* para a aplicación da prohibición. O 23 de marzo de 2020 a empresa protagonista da sentenza comunicara aos seus traballadores o inicio dun ERTE por causas produtivas, amparándose na cancelación por parte da súa principal empresa cliente dos proxectos iniciados na data de declaración do estado de alarma. Así, tras unha serie de negociacións cos representantes dos traballadores, o 8 de abril acordouse a suspensión dos contratos de 59 traballadores ata o 31 de agosto de 2020. Esa era a data na que a empresa, unha vez levantadas as restricións de mobilidade, debía reincorporar os traballadores das obras que se estivesen realizando no momento da declaración do ERTE. Estando vixente a suspensión dos contratos de traballo, o 30 de xuño de 2020 a empresa procedeu ao despedimento de nove traballadores alegando, á súa vez, causas produtivas. En concreto, o despedimento deses traballadores fundouse na diminución gradual da facturación da empresa nos dous anos anteriores e na sobredimensión do persoal, como consecuencia á súa vez da redución gradual dos pedidos da principal empresa cliente.

Neste escenario un dos traballadores despedidos cuestionouse a aplicación da prohibición de despedimento prevista no art. 2 do Real decreto-lei 9/2020, xa que a causa produtiva do despedimento obedecía en parte á causa produtiva que motivara o ERTE. Certamente a causa

produtiva do ERTE adoptado pola empresa atendía á redución dos pedidos da principal empresa cliente. Con todo, esa mesma redución provocara un descenso na facturación da empresa durante o período de crise sanitaria que contribuíra, á súa vez, ao descenso global da facturación nos dous anos precedentes. Tras unha sentenza de instancia desestimatoria, o traballador recorreu ante o TSX de Galicia, solicitando que esclarecese se a causa de extinción do seu contrato podía considerarse diferente á causa do ERTE.

O TSX considerou que unha e outra causa eran perfectamente compatibles, na medida en que a causa do despedimento era máis profunda e grave que a causa transitoria da suspensión dos 59 contratos de traballo. Segundo o seu criterio, a prohibición de despedimento do art. 2 do Real decreto-lei 9/2020 nacera pensando que a causa directa e inmediata da suspensión dos contratos era o peche ou a suspensión das actividades pola pandemia. Iso non abarcaba o efecto colateral que puidese ter unha decisión comercial doutra empresa que, debido aos seus cálculos comerciais, decidía cancelar os pedidos. A xuízo do tribunal a empresa contratista só se vía afectada polo COVID de maneira indirecta, polo efecto das decisións comerciais da principal empresa cliente. Consecuentemente, o TSX entendeu que a causa do despedimento constituía unha causa distinta á do ERTE, rompéndose así o presuposto básico para aplicar a prohibición de despedimento.

2. AS NOVAS FACETAS DA DISCRIMINACIÓN NA XURISPRUDENCIA DO TSX DE GALICIA.

Ao longo dos anos a Sala do social do TSX de Galicia construíu unha xurisprudencia que vela polo dereito á igualdade dos traballadores. Á vista do acervo xurisprudencial que nos precede, podería parecer que xa está todo dito ou feito en materia discriminatoria. Agora ben, non debe obviarse que as relacións laborais encaixan nunha sociedade que reproduce estruturas discriminatorias cada vez máis complexas e interseccionais. O TSX de Galicia quixo responder a estes retos, ao ditar neste primeiro semestre de 2021 tres sentencias de destacada importancia na interpretación e comprensión da normativa antidiscriminatoria. Nelas

profundouse nos fenómenos da discriminación por asociación e da discriminación por aparencia, en vinculación con causas especialmente protexidas como o xénero e a discapacidade. Ambos son conceptos que atenden a esquemas de desigualdade complexos, ata entón pouco recoñecidos ou debatidos entre a doutrina e a xurisprudencia. A través destes pronunciamentos o TSX de Galicia púxoos encima da mesa, consolidando así unha liña interpretativa que avanza cara ao pleno recoñecemento do dereito á non discriminación en todas as súas vertentes.

2.1. UNHA “VELLA” COÑECIDA: A DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN. SENTENZAS DO TSX DE GALICIA DO 4 DE MARZO DE 2021 (REC. 4447/2020) E DO 16 DE ABRIL DE 2021 (REC. 754/2021)

O concepto da discriminación por asociación ten a súa orixe na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza¹. Mediante este concepto ponse o foco na relación ou conexión existente entre as persoas e os traballadores presuntamente discriminados. O TSX de Galicia xa aplicara e consagrara esta figura en sentenzas anteriores, definíndoa como aquela discriminación que afectaba a unha persoa que non pertencía ao colectivo vulnerable pero que era tratada de forma pexorativa ao transferírselle a discriminación respecto do terceiro protexido². En todo caso, non é ata o primeiro semestre de 2021 cando o TSX de Galicia vincula a discriminación por asociación cunha causa xurídica de tanta importancia como é o xénero e, en concreto, a maternidade. Trátase das sentenzas do 4 de marzo de 2021 (rec.

¹ Trátase dun concepto que foi plenamente delimitado en tres sentencias do Tribunal de Xustiza: a sentenza do 17 de xullo de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415); a sentenza do 16 de xullo de 2015, *Chez*, asunto C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480) e a sentenza do 20 de xuño de 2019, *Hakelbracht*, asunto C-404/18 (ECLI:EU:C:2019:523).

² Véxase, neste sentido, a sentenza do 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017) ou do 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018).

4447/2020) e do 16 de abril de 2021 (rec. 754/2021) que, compartindo escenario xurídico común, conduciron á mesma solución e liña xurisprudencial. Nelas recoñeceuse de forma pioneira a dous traballadores diferentes o dereito a non ser discriminados por ser pais, é dicir, por razón de sexo, atendendo ao embarazo da súa parella e/ou á súa futura paternidade.

A primeira sentenza tiña como protagonista un traballador que puxera en coñecemento da empresa a situación de embarazo da súa compañeira sentimental. O traballador tiña a intención de acompañar á súa parella ás primeiras visitas médicas, de tal modo que o 3 de outubro de 2019 solicitoulle aos seus responsables un permiso para acudir a unha cita programada. Desgraciadamente o 24 de outubro de 2019 a compañeira sentimental do traballador sufriu un aborto diferido. Ante estes feitos, o traballador comunicoulles aos seus responsables que ao día seguinte non podía ir traballar, xa que a súa parella estaba hospitalizada. Esta comunicación realizouse a través de Whatsapp, obtendo como resposta do seu encargado: "OK sintoo". Finalmente, o traballador foi despedido o 29 de outubro, é dicir, cinco días máis tarde do aborto.

Pola súa banda, o contexto no que naceu a segunda sentenza era máis "simple". Nel púxose de manifesto o despedimento dun traballador por unha eventual diminución voluntaria e continuada do rendemento de traballo, coa particularidade de que o despedimento realizouse tan só dous días despois de que a muller do traballador dese a luz.

Entre os dous escenarios anteriores existe unha lixeira diferenza, xa que nun deles o embarazo chegou a termo e efectivamente naceu o fillo do traballador e no outro non. En todo caso, en ambas as sentenzas o TSX cualificou estes despedimentos como nulos, por obedecer ao feito do embarazo/parto e a todas as consecuencias que se podían derivar diso no futuro, como os permisos ou as baixas de paternidade. A inmediatez temporal entre os despedimentos e o aborto/parto constituía un indicio de discriminación en ambos os casos que non fora destruído polos empresarios. Así, o TSX declarou expresamente que os traballadores foran tratados de forma menos favorable por un dos trazos ou

características protexidas no ordenamento xurídico, como era o parto ou nacemento dun fillo. En efecto, esa característica non concorría nos propios traballadores, porque non tiveran embarazo nin deran a luz. Con todo, o tribunal entendeu que debía proxectárselles a eles a mesma protección que o ordenamento xurídico dispensaba ás traballadoras discriminadas por razón de sexo (embarazo e maternidade). En ambos os supostos esa proxección da tutela antidiscriminatoria por razón de sexo realizouse atendendo á relación entre os traballadores e a súa parella, na que si concorría a característica especialmente protexida. Neste sentido, a sentenza do 4 de marzo de 2021 ofrece unha reflexión interesante á hora de valorar a entidade desa conexión entre os suxeitos, na medida en que o traballador non estaba casado coa súa compañeira nin conformaban unha parella de feito. A xuízo do TSX de Galicia, o anterior non supoñía ningún obstáculo para a aplicación efectiva da discriminación por asociación, xa que esa relación sentimental coñecida pola empresa tiña identidade suficiente para iso.

En resumo, esta liña interpretativa do TSX de Galicia permite dar un paso máis na protección real do dereito fundamental á igualdade. Trátase de sentenzas que abordaron a discriminación laboral dende unha perspectiva de xénero pouco transitada ata o momento pero que, sen lugar a dúbida, supón o xerme de pronunciamentos posteriores.

2.2. DISCRIMINACIÓN POR APARENCIA DE DISCAPACIDADE. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 13 DE ABRIL DE 2021 (rec. 160/2021)

Esta sentenza recoñeceuse como o primeiro pronunciamento xudicial español que deu nome e conceptualizou a discriminación por aparencia. O certo é que, de forma indirecta, a lectura dos feitos do caso expostos ao TSX de Galicia xa deixaba entrever a posibilidade dunha resposta garantista.

Este proceso tiña por obxecto examinar a litude dun despedimento dun traballador adoptado o mesmo día en que este sufrira un accidente durante a prestación de traballo. O traballador protagonista prestaba servizos para a empresa

como condutor-repartidor. O 20 de xullo de 2020, volvendo á furgoneta de repartición, foi atropelado nun paso de peóns por outro vehículo, que o lanzou contra a calzada. Como consecuencia do golpe recibido foi trasladado inmediatamente ao hospital. A Policía Local puxo en coñecemento da empresa o suceso e o empresario incluso acudiu ao hospital para interesarse pola saúde do traballador. Non obstante, o mesmo día da visita o empresario deu de baixa ao traballador na Seguridade Social. Tras a demanda interposta polo traballador, o despedimento foi cualificado como improcedente en primeira instancia e non como nulo, porque o traballador non tiña secuelas suficientes para ser considerado discapacitado. Desconforme coa resolución, o traballador acudiu en suplicación ante o TSX de Galicia, solicitando a declaración de nulidade do despedimento por ser discriminatorio por razón de discapacidade.

A xuízo do TSX, a resolución do caso debía partir do esclarecemento da normativa antidiscriminatoria aplicable. En concreto, debía analizarse previamente se os efectos da normativa esixían que concorrese a característica especialmente protexida na persoa presuntamente discriminada ou bastaba coa súa aparencia, xa que o traballador no momento do axuizamento non podía ser considerado como discapacitado. Para formular a súa resposta o TSX contrapuxo a normativa antidiscriminatoria comunitaria e a normativa antidiscriminatoria nacional. A redacción da normativa antidiscriminatoria nacional (art. 2.c do Real decreto lexislativo 1/2013) si parece esixir a dita concorrencia. Con todo, a normativa antidiscriminatoria comunitaria [art. 2.2 a) da Directiva 2000/78] non require que o suxeito discriminado teña discapacidade, senón unicamente que sexa discriminado “por razón de” discapacidade. Ante a diverxencia entre ambas as normativas, o TSX considerou prevalente a definición comunitaria. Iso permitía encaixar os supostos nos que “un suxeito era discriminado por unha discapacidade que o suxeito discriminador cría que tiña en base a unha aparencia, con independencia de que finalmente a tivese ou non”.

Unha vez disposto o anterior, o TSX de Galicia especificou que a condena da discriminación por aparencia requiría dun

elemento obxectivo e dun elemento subxectivo. O elemento obxectivo estaba referido á aparencia razoable de discriminación. Neste sentido, a xuízo do tribunal o pronunciamento de instancia incorrera nun erro de formulación. En efecto, o xulgador considerara que o despedimento non podía ser cualificado como nulo xa que as secuelas sufridas polo traballador, na data da alta hospitalaria, non entraban dentro do concepto amplo de discapacidade. Con todo, o TSX afirmou que a cualificación do despedimento como presuntamente discriminatorio debía atender á situación existente na data na que se produciu o despedimento e non a unha data posterior. Os feitos obxectivos acaecidos o día do despedimento non eran máis nin menos que o atropelo dun traballador que tivo que ser levado con urxencia ao hospital. Segundo o TSX, eses feitos configuraban unha aparencia razoable de incapacidade duradeira no traballador que o empresario puidera constatar, tendo en conta que non se coñecía aínda que as súas doenzas puidesen finalizar a curto prazo.

Pola súa banda, o elemento subxectivo debía atender á actuación culpable do empresario. En opinión do tribunal, esta podía constatarase grazas á conexión temporal tan forte entre o accidente, é dicir, a aparencia de discapacidade, e o despedimento, acaecidos ambos o mesmo día. A vinculación entre o elemento obxectivo e o elemento subxectivo mostraba en definitiva que o móbil do despedimento do traballador cinguíase ás consecuencias ou efectos xurídicos derivados do accidente, é dicir, á súa aparente discapacidade. En consecuencia, o tribunal considerou este despedimento como discriminatorio por aparencia de discapacidade, conducindo directamente á súa nulidade.

3. O ART. 34.8 DO ET E AS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DA FORMA DE PRESTACIÓN DE TRABALLO

A nova redacción do art. 34.8 do ET, outorgada polo art. 2 do Real decreto-lei 6/2019, obrigou á delimitación do seu contido e alcance. De feito, en edicións anteriores da revista recolléronse sentenzas que insistían na interpretación e configuración do dereito á conciliación e adaptación do

traballo como un dereito individual dos traballadores, de dimensión constitucional. Con todo, os termos tan amplos deste precepto fixeron considerar se, dentro del, caben todo tipo de adaptacións do traballo. Diso dan testemuña as sentenzas do TSX de Galicia do 25 de marzo de 2021 (rec. 3687/2020) e do 25 de maio de 2021 (rec. 335/2021).

O relato fáctico destas sentenzas comparte un punto en común. En ambos púxose de manifesto como podían afectar á atención da familia a distancia entre o domicilio e o centro de traballo e os desprazamentos excesivamente longos. Non obstante, ante o mesmo problema de conciliación, a natureza específica de cada posto de traballo esixiu que as propostas fosen diferentes. Así, mentres que nun suposto propúxose acudir ao réxime do traballo a distancia, o outro tivo que reconducirse a un traslado xeográfico, dada a obrigatoriedade dun desempeño presencial. En certa medida, estas sentenzas afastáronse da temática habitual dos procedementos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, nos que xeralmente adoitan discutirse medidas de adaptación centradas nos horarios e nas xornadas. As medidas protagonistas aquí foron as vinculadas coa adaptación da “forma” de prestación de traballo, en coherencia coas particularidades de cada relación laboral e de cada familia.

3.1. TELETRABALLO E CONCIILIACIÓN. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 25 DE MARZO DE 2021 (REC. 3687/2020)

Este pronunciamento xudicial tivo como orixe unha solicitude ou petición de conciliación consistente na prestación híbrida do traballo, en réxime de teletraballo e en réxime presencial. A traballadora, directora dun centro residencial, era nai dun fillo menor de 12 anos e convivía coa súa familia nunha localidade diferente a aquela na que se atopaba o seu centro de traballo. A traballadora tiña un horario de luns a venres de 09:00 a 17:00 horas, mentres que o seu marido traballaba a quendas, en xornadas de 14 horas en mañá ou tarde durante tres días á semana. A xuízo da traballadora, esta situación dificultaba a atención e coidado do seu fillo, que acudía ao colexio de luns a venres de 09:00 a 14:00 horas e,

además, realizaba actividades extraescolares as tardes dos martes e os mércores. Por iso, o 28 de xaneiro de 2020 enviou un burofax á dirección de recursos humanos da empresa, solicitando acollerse á modalidade de traballo a distancia nun 60% da xornada (3 días) e de asistencia presencial ao centro o 40% da xornada restante (dous días) ata que o seu fillo cumprise os 12 anos. A petición da traballadora tiña pleno encaixe xurídico no art. 34.8 do ET, que recoñecía expresamente o dereito a solicitar a adaptación da forma de prestación por necesidades de conciliación, incluída a prestación de traballo a distancia.

Tras esta petición e, en concreto, tras a alta da traballadora da súa situación de incapacidade temporal, iniciouse entre as partes un proceso de negociación. Empresa e traballadora concertaron ata 2 reunións e intercambiáronse numerosos correos electrónicos nos que se ofrecían varias alternativas. A empresa partía da consideración de que a traballadora desempeñaba un posto de responsabilidade que requiría a súa presenza diaria no centro. Por iso, propúxolle fundamentalmente medidas alternativas de adaptación do horario e da xornada tales como plena flexibilidade de entrada, prolongación da xornada en determinados días (para traballar menos horas os días de maior necesidade de conciliación), redución de xornada ou, en fin, desenvolvemento de metade da xornada diaria en réxime de teletraballo. Ante a negativa da traballadora a esas propostas, a empresa finalmente declinou a súa petición baseándose en causas organizativas e produtivas e, en concreto, no suposto desempeño presencial obrigatorio.

Vista a postura final da empresa, a traballadora interpuxo demanda reclamando o dereito á adaptación do seu traballo nos termos inicialmente solicitados. Esta demanda foi estimada en primeira instancia, recoñecéndosele o dereito a prestar os seus servizos en modalidade de traballo a distancia durante 8 horas efectivas diarias tres días á semana e na modalidade de traballo presencial de 8 horas diarias no seu horario habitual os restantes dous días. A empresa demandada interpuxo recurso de suplicación contra esta sentenza ante o TSX de Galicia.

A empresa denunciou no seu recurso, en primeiro lugar, unha infracción das normas ou garantías do procedemento [art. 193.a) da LRXS]. Ao seu entender, a sentenza de instancia incorrera nunha incongruencia omisiva, na medida en que non especificaba como se distribuía a semana a partir da dita medida de conciliación. Na demanda inicial a traballadora mostrara a súa preferencia polo teletraballo os luns, mércores e venres, aínda que recoñecía a posibilidade de que estes días fosen modificados de forma flexible, con polo menos 48 horas de antelación. Efectivamente na sentenza de instancia o xulgador non fixara que concretos días debían desenvolverse en réxime de teletraballo. Con todo, esa omisión era "intencional", por entenderse que a flexibilidade expresada pola traballadora non encaixaba ben cunha fixación ríxida dos días. A xuízo do xulgador de instancia, a solución debía ser acordada entre as partes, a través dun proceso de negociación no que se basculasen os intereses de ambas. O TSX mostrou unha postura totalmente coincidente coa do xulgador de instancia, rexeitando a existencia de incongruencia omisiva. Así, o tribunal non só reprochou á empresa que non peticionase a aclaración e/ou complemento da sentenza de instancia antes da interposición do recurso. Tamén reprochou a súa ríxida postura desfavorable á solución extraxudicial e intraxudicial dos conflitos laborais, comparándoa coa transixencia da traballadora, á que si podía interesarlle un establecemento fixo dos días.

En segundo lugar, e xa centrándose nos aspectos normativos do art. 34.8 do ET, a empresa denunciou dous extremos. Por unha banda, a falta de razoabilidade e proporcionalidade da proposta da traballadora. Por outra banda, a existencia de razóns organizativas e produtivas que impedían a súa adopción. Segundo a empresa, era incomprendible que a traballadora solicitase traballar dende casa para conciliar a súa vida persoal, familiar e laboral cando o fillo ía estar no colexio gran parte do día e, ademais, o horario do marido permitía a súa atención. Ao anterior engadíase a propia natureza do posto da traballadora. A empresa alegaba que esta, como directora da residencia, desempeñaba un posto de responsabilidade cuxas funcións requirían a súa presenza física diaria no centro de traballo (atención de visitas de

familiares e investidores, representación ante as Administracións públicas, supervisión da atención de calidade e confort dos usuarios etc.).

O TSX de Galicia rexeitou frontalmente os motivos esgrimidos pola empresa. O tribunal entendeu que as funcións que debía desenvolver a traballadora non esixían a súa presenza permanente no centro de traballo. A fórmula de traballo híbrida permitía coordinar os días de asistencia ao centro de traballo para aglutinar ou encaixar neles aquelas actividades que si debían ser realizadas presencialmente. Todo iso sen prexuízo de que, segundo apuntou o tribunal, a xestión telemática de entrevistas, provedores ou contratación non era só posible, senón tamén desexable e prevalente nunha situación de crise sanitaria como a actual. Todos os feitos do caso determinaban que a medida solicitada pola traballadora facilitaba efectivamente a conciliación, sen que fose preciso probar unha necesidade de conciliación insuperable ou imposible de liquidar a través doutros membros da súa familia. En consecuencia, o tribunal desestimou o recurso da empresa e recoñeceu á traballadora o dereito ás medidas de teletraballo nos termos solicitados.

En definitiva, esta sentenza destaca non só por mostrar como as novas tecnoloxías poden favorecer as necesidades de conciliación de determinados traballadores. Tamén sobresaie pola súa chamada de atención á evitación do conflito e á negociación. A solución extraxudicial e intraxudicial dos conflitos en materia de conciliación e, en concreto, as posturas de transixencia das partes poden dar lugar a puntos de encontro e a resultados que satisfagan os intereses preponderantes.

De aquí en diante pode que o réxime do teletraballo protagonice os procedementos de conciliación da vida persoal, laboral e familiar. Non obstante, deberá vixiarse con especial cautela que esta forma de prestación sexa garantista cos restantes dereitos fundamentais dos traballadores e, en concreto, co seu dereito á desconexión dixital.

3.2. TRASLADO DE CENTRO DE TRABALLO E CONCILIACIÓN. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 25 DE MAIO DE 2021 (REC. 335/2021)

Esta sentenza constitúe un referente na interpretación e comprensión do teor literal do art. 34.8 do ET por dous motivos. En primeiro lugar, porque a través dela tentouse delimitar os conceptos xurídicos indeterminados deste precepto para comprobar se, entre as medidas de adaptación para a conciliación, pódense encadrar outras non tan “tradicionais” como o traslado de centro de traballo. En segundo lugar, porque nela o TSX de Galicia realizou un importante labor de ponderación entre os intereses das partes, contrapoñendo o dereito de conciliación co dereito á estabilidade na relación laboral.

Esta ponderación só se pode comprender se se contextualizan os feitos que deron orixe ao pronunciamento. A traballadora do caso prestaba servizos para a empresa como vendedora, a xornada completa, e tiña dous fillos menores de doce anos. En outubro de 2019 a traballadora solicitou á empresa unha redución da xornada para o coidado dos seus fillos (art. 37.6 ET) e, á súa vez, o traslado a un centro de traballo situado na localidade na que ela residía coa súa familia. A traballadora entendía que esa última medida axudaba ás súas necesidades de conciliación, xa que pasaba máis de 70 minutos desprazándose nas viaxes de ida e volta ao traballo. Aos poucos días as partes chegaron a un acordo de redución de xornada, aínda que a empresa deixou á marxe a solicitude de traslado xeográfico. Posteriormente, a finais dese mesmo mes, a empresa publicou dúas ofertas de contrato temporal para o centro de traballo ao cal a traballadora solicitara ser desprazada. A iso sumóuselle que, en xaneiro de 2020, a empresa transformou nun contrato indefinido o contrato dun traballador interino que prestaba os seus servizos a xornada completa nese mesmo centro.

Ante estes feitos a traballadora interpuxo demanda en virtude do art. 34.8 do ET, solicitando como medida de conciliación o cambio ou traslado ao centro de traballo da súa localidade. A súa demanda foi desestimada en primeira instancia, acudindo así en suplicación ante o TSX. A empresa opúxose ao recurso alegando, por unha banda, que descoñecía que dentro do art. 34.8 do ET tivese cabida ese tipo de medida e que, por outra banda, no centro de traballo

solicitado non había vacantes dispoñibles, e debía prevalecer o dereito á estabilidade do traballador temporal.

Para o tribunal, a resolución a este conflito pasaba por dar resposta a catro preguntas. A primeira era se dentro das medidas de adaptación da "forma de prestación de traballo" previstas polo art. 34.8 do ET podían incluírse as medidas referentes ao lugar ou ao centro de traballo. O tribunal era consciente de que nesta cuestión enfrontábase a un concepto xurídico indeterminado que debía interpretar tendo en conta a propia finalidade da lexislación e a dimensión constitucional do dereito á conciliación. Considerou así que a nova redacción do art. 34.8 do ET non limitaba os supostos de adaptación da forma de prestación á fórmula do traballo a distancia, que se mencionaba unicamente a título de exemplo ou de posibilidade. Seguindo unha interpretación ampla, o tribunal estimou que dentro do precepto tiñan cabida todas as adaptacións vinculadas aos aspectos da prestación de servizos que conformaban o contido do contrato de traballo e a súa exteriorización, sempre que permitisen a conciliación da vida familiar. Por iso, afirmou que os termos do art. 34.8 do ET efectivamente si amparaban as solicitudes de cambio de traballo cando isto fose razoable e proporcionado coas necesidades do traballador e coas necesidades organizativas ou produtivas da empresa.

En relación con este último requisito, o TSX formulou a súa segunda pregunta: a traballadora tiña dereito ao cambio de centro de traballo nas condicións convencionais e estatutarias? A resposta esixía analizar se a solicitude da traballadora era motivada e razoable. Neste sentido, o tribunal lembrou de novo que o dereito a solicitar a adaptación non obrigaba á traballadora a demostrar unha necesidade insuperable, senón simplemente que a medida solicitada contribuía á efectividade da conciliación. Á vista dos feitos e, en especial, atendendo ao horario da traballadora e aos desprazamentos que debía realizar, o TSX entendeu que si se trataba dunha medida adecuada. Sen prexuízo do anterior, o tribunal destacou con acerto que o dereito de solicitude de conciliación da traballadora non era un dereito absoluto. Pola contra, atopábase limitado polas posibles necesidades organizativas e produtivas da empresa. Isto

conduciu á terceira pregunta do tribunal: efectivamente existían vacantes no centro de traballo no momento da solicitude?

En determinados correos electrónicos achegados ao proceso a xerencia da empresa afirmaba que nese centro de traballo necesitábanse dous traballadores fixos a tempo completo. O tribunal entendeu que a necesidade deste tipo de persoal debía entenderse como unha vacante, aínda que a empresa preferise cubrila transformando os contratos de traballadores temporais antes que atendendo á petición da traballadora. Esta postura levaba, por tanto, á cuarta e última pregunta: cal era o dereito prioritario en caso de confrontación entre o dereito de conciliación da vida familiar e o dereito á estabilidade no emprego dun traballador temporal? O TSX de Galicia considerou que o dereito preferente era o primeiro. O dereito á conciliación supoñía a expresión do dereito fundamental á igualdade (art. 14 CE), mentres que o dereito á estabilidade era expresión do dereito ao emprego (art. 35 CE), que non compartía ese carácter. Segundo o tribunal, o motivo esgrimido pola empresa acerca da estabilidade dos traballadores temporais non era o suficientemente forte para desvirtuar a petición da traballadora. Mesmo podían satisfacerse os dous intereses, ofrecendo á traballadora esa praza creada *de facto* no centro de traballo solicitado e ao traballador temporal a praza indefinida que esta deixaba no outro centro.

Todo o exposto conducía para o tribunal a unha vulneración do dereito á conciliación da traballadora. A falta de resposta á petición de traslado no acordo inicial subscrito supoñía unha negativa empresarial tácita e inxustificada, que terminaba por inclinar a balanza a favor da traballadora. Así, finalmente o TSX de Galicia recoñeceu o seu dereito de traslado ao centro de traballo solicitado.

Grazas a este pronunciamento pódese afirmar xa con lixeira seguridade que as medidas de adaptación para a conciliación do art. 34.8 do ET si abarcan os traslados de centro de traballo, supeditados en todo caso ás necesidades organizativas e produtivas da empresa entre as que se pode atopar a existencia ou inexistencia de vacantes. A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 30 de xuño de

2021 (rec. 4509/2021) vén reafirmar esta postura, na medida en que nela efectivamente denegouse o traslado de centro de traballo como medida de conciliación ante unha inexistencia verificada de postos dispoñibles.

4. O PAPEL DE WHATSAPP NA COMUNICACIÓN LABORAL

O impacto das novas tecnoloxías de comunicación nas relacións laborais non é novo. Nalgunhas estruturas produtivas as plataformas de mensaxería instantánea xa constitúen a canle a través do cal o empresario emite as ordes aos traballadores. Estes feitos levan a cuestionarse a viabilidade das decisións empresariais comunicadas aos traballadores mediante este tipo de plataformas, especialmente cando estas non teñen unha finalidade predominantemente laboral e os traballadores empréganas para a súa vida privada e persoal. Con esta intención tráense a colación dúas sentenzas do TSX de Galicia nas que se analizou a validez de dous tipos comunicacións vía Whatsapp: a comunicación de ordes empresariais a un grupo de traballadores e a comunicación de despedimento a un traballador individual.

4.1. WHATSAPP COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN DE ORDES DE TRABALLO. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 14 DE MAIO DE 2021 (Núm. REC. 1075/2021)

A correcta comprensión deste pronunciamento parte de esclarecer o escenario global no que tiveron lugar os feitos axuizados. O punto de partida sitúase no 20 de marzo de 2020, é dicir, nun momento de desconcerto total motivado pola irrupción da pandemia da COVID-19. A ausencia dun horizonte claro e a inmediatez coa que se sucedían os contaxios obrigaron a moitas empresas a organizar de forma "rudimentaria" medidas de protección e prevención dos seus traballadores e clientes. Así o fixo a empresa protagonista do caso, que na devandita data creou un grupo de Whatsapp chamado "Covid-19", no que reuniu a todos os traballadores e encargados dos seus establecementos (máis de 50 participantes) para iralles comunicando as medidas que debían

adoptar. Así, entre outras instrucións, indicóuselles que debían usar máscara durante toda a quenda de traballo, que esta debía tapar o nariz e a boca e que só podían quitala cando estivesen a comer ou bebendo.

Nos días seguintes as cámaras de vixilancia da empresa captaron unha traballadora coa máscara baixada en momentos puntuais. Nalgunha desas ocasións a traballadora estaba a comer ou a beber algo, pero noutras simplemente tiña a máscara no pescozo cando limpaba ou falaba por teléfono. Ante estes feitos, o 24 de abril a empresa comunicoulle á traballadora carta de despedimento, recollendo nela todos os momentos nos que incumpriu o uso estrito da máscara.

A traballadora impugnou o seu despedimento xudicialmente, sendo declarado improcedente en primeira instancia. Fronte a ese pronunciamento a empresa interpuxo recurso de suplicación, solicitando a súa estimación e a procedencia do despedimento. A empresa entendía que a traballadora fora correctamente advertida da obrigatoriedade do uso das máscaras a partir do que se desprendía do contido dos grupos de Whatsapp, nos que figuraba como participante. A pesar de que naquel momento non existía normativa estatal nin certeza sobre o uso da máscara, a empresa consideraba que as normas foran claras e que a súa transgresión constituía un incumprimento grave e transcendente e unha transgresión da boa fe contractual.

Para analizar a cualificación deste despedimento o TSX procedeu a valorar todas as circunstancias e o contexto dos feitos, pero non o fixo a partir do coñecemento “pandémico” actual, senón a partir do que se sabía na data do despedimento. En todo caso, e centrándose especificamente nas comunicacións vía Whatsapp, o TSX lembrou que o despedimento era a sanción máxima á desobediencia, requirindo entón que as ordes incumpridas fosen notificadas de forma fidedigna e dilixente. Ao seu xuízo, as comunicacións da empresa no grupo de Whatsapp sobre o uso da máscara non cumprían ese requisito. En primeiro lugar, porque na práctica o grupo acabou dedicándose a temas de todo tipo á marxe das medidas de seguridade. Iso provocaba que as referencias ao uso das máscaras fosen

mínimas e que pasasen totalmente desapercibidas entre as restantes mensaxes. En segundo lugar, porque o grupo contaba cunha participación numerosa e non constaba de forma fidedigna que a traballadora lese as mensaxes.

O TSX efectivamente admitiu que a situación na que se produciron os feitos foi excepcional tanto para a empresa como para os traballadores. A empresa empregara todos os medios ao seu alcance para transmitir as instrucións aos traballadores á vista das restricións sanitarias. Con todo, o tribunal considerou que esas comunicacións vía Whatsapp non eran o suficientemente efectivas e claras como para conducir a un despedimento, que só se xustificaría se as medidas incumpridas estivesen recollidas tamén nun protocolo comunicado mediante outros medios. Finalmente, e atendendo á escasa gravidade dos feitos labores, o despedimento foi declarado improcedente.

4.2. WHATSAPP COMO MEDIO DE NOTIFICACIÓN DO DESPEDIMENTO. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 20 DE MAIO DE 2021 (REC. 47/2021)

A sentenza do TSX de Galicia do 20 de maio de 2021 (rec. 47/2021) examinou, entre outras cuestións, a adecuación á normativa laboral da notificación dun despedimento a través de Whatsapp. Tras unha serie de conflitos previos entre a empresa e o traballador, este último non se reincorporou ao posto de traballo unha vez recibida a alta médica da situación de incapacidade temporal. O traballador alegaba como xustificación da súa ausencia o feito de que a empresaria non atendeu as súas peticións e non lle facilitou o vehículo que lle solicitaba para transportar os computadores da empresa. Ante este feito, o 24 de setembro de 2019 a empresaria comunicoulle ao traballador mediante un Whatsapp o seu despedimento disciplinario, por falta de asistencia ao traballo. Ademais da comunicación, enviouse ese mesmo día un burofax ao domicilio do traballador que constaba no contrato de traballo, aínda que foi devolto por non ser ese o seu domicilio actual. O traballador non contestou ao Whatsapp da empresaria, quen volveu poñerse en contacto con el a través dos mesmos medios para solicitarlle a devolución das chaves do local. Nove días despois o traballador recibiu un correo

electrónico da empresaria, no que se lle notificaba de novo o seu despedimento.

Este relato fáctico mostraba como a empresaria comunicara ao traballador o seu despedimento mediante tres medios diferentes. Con todo, o primeiro medio empregado fora a mensaxería instantánea Whatsapp. Isto esixía verificar se a dita comunicación cumpría co disposto no art. 55.1 do ET, en virtude da cal o despedimento debe ser notificado por escrito ao traballador. Para realizar esa verificación o TSX contrapuxo estas comunicacións ou notificacións coas cartas de despedimento clásicas, nas que consta a firma do empresario ou o seu representante e se acredita a recepción do traballador. Para o TSX as comunicacións de despedimento vía Whatsapp non podían considerase fidedignas na medida en que só podía obterse a confirmación da emisión da comunicación, pero non da entrega. Na sentenza valorouse que este tipo de plataformas de mensaxería instantánea non deixan constancia da recepción da comunicación, bastando con que o traballador bloquease a recepción de mensaxes do empresario ou que saíse do grupo que compartían. Isto levou ao tribunal a determinar que a notificación do despedimento vía Whatsapp non podía ser considerada unha comunicación válida nin “moito menos, fornecer os mesmos efectos que unha notificación por escrito clásica”. Ademais, tratábase dun mecanismo de comunicación que podía atentar contra outros dereitos do traballador, como os dereitos fundamentais ou o dereito á desconexión dixital. En todo caso, o TSX si terminou declarando o despedimento como procedente, xa que no caso concreto o “defecto” da comunicación a través de Whatsapp supliuse cunha válida notificación a través de correo electrónico.

5. A VIDEOVIXILANCIA DOS EMPREGADOS DO HOGAR. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 28 DE XUÑO DE 2021 (REC. 1545/2021)

A videovixilancia dos traballadores vén sendo unha cuestión amplamente debatida e estudada pola doutrina e a xurisprudencia, facendo fincapé no papel das gravacións como proba de actos constitutivos de despedimento. A

normativa de protección de datos outorgou un marco xurídico ao tratamento de datos persoais con fins de vixilancia a través de cámaras ou videocámaras. Agora ben, ese marco xurídico ten carácter xeral e non recolle as particularidades das relacións laborais. Isto determinou que, na actualidade, teñan que ser os xuíces e tribunais os que adapten esa normativa ao ámbito laboral, a través dos casos que se expoñen ante eles.

Neste labor xogou un papel importante non só a xurisdición nacional, senón tamén a xurisdición internacional. Destacou especialmente a liña marcada polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos no asunto *López Ribalda II*, acerca do deber de información aos traballadores sobre a existencia de sistemas de vixilancia no centro de traballo³. Evidentemente esta sentenza non esgotou todos os escenarios posibles da videovixilancia laboral e o despedimento, porque estaba dedicada a resolver un caso específico. Por iso, seguiron expoñéndose supostos moi concretos e diferentes que obrigaron a profundar na devandita liña xurisprudencial. Un exemplo representativo disto pódese observar na sentenza do TSX de Galicia do 28 de xuño de 2021 (rec. 1545/2021), na que se axuizou o despedimento dunha empregada do fogar despois de que os empregadores constatasen uns furtos mediante cámaras espías.

A traballadora prestaba servizos como empregada do fogar no domicilio no que vivían os dous empregadores e os seus tres fillos. Na vivenda existía unha hucha que pertencía aos tres fillos, na que ían poñendo o diñeiro que lles daban ben os seus pais ou ben outros familiares ou amigos. Nun determinado momento os fillos e un dos empregadores apreciaron que faltaba diñeiro nela, de tal modo que instalaron unha cámara no interior da vivenda que gravaba directamente á hucha. Tratábase dunha cámara espía, cuxa existencia era totalmente descoñecida para a traballadora. Nas máis de 130 horas de gravación aprecíase á

³ Sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (Gran Sala) do 17 de outubro de 2019, *López Ribalda II*, números 1874/13 e 8567/13.

traballadora manipulando a hucha innecesariamente e tomando diñeiro dela en varias ocasións. En consecuencia, os empregadores procederon ao seu despedimento disciplinario por transgresión da boa fe contractual, sendo declarado procedente en primeira instancia.

Desconforme coa resolución, a traballadora interpuxo recurso de suplicación ante o TSX de Galicia alegando, entre outros motivos, a vulneración da normativa de protección de datos, xa que non fora informada previamente acerca da instalación de cámaras de vixilancia no lugar de traballo.

Para dar resposta a esta cuestión, o tribunal comezou esclarecendo os marcos xurídicos habilitantes da videovixilancia no traballo, a partir do disposto no art. 20.3 do ET, os arts. 22 e 89 da LOPD e o art. 12 do RGPD. A xuízo do tribunal existían dous marcos xurídicos diferenciados. En primeiro lugar, atoparíase a videovixilancia de carácter non laboral, implementada coa finalidade de preservar a seguridade das persoas, bens e instalacións (art. 22 da LOPD). Neste suposto, para entender cumprido o deber de información imposto pola normativa de protección de datos bastaría coa colocación dun dispositivo informativo en lugar suficientemente visible que identificase, polo menos, a existencia do tratamento dos datos, a identidade do responsable dos datos e a posibilidade de exercer o dereitos ARCO. En segundo lugar, atoparíase a videovixilancia laboral específica, é dicir, aquela que se implantaba coa finalidade concreta de gravar a actuación dos traballadores. Neste suposto obrigábase ao empregador ao cumprimento das esixencias establecidas na normativa de protección de datos e na normativa laboral. Consecuentemente, debería informar con carácter previo aos traballadores e, no seu caso, aos representantes, acerca da implantación destes sistemas. En todo caso, o TSX afirmou que a normativa non esixía que en ningunha desas obrigas de información se incorporase a localización exacta das cámaras.

O tribunal entendeu que o sistema implantado polos empregadores encaixaba no segundo tipo de videovixilancia, xa que se trataba dun sistema destinado a comprobar a prestación laboral da traballadora. Con todo, tamén considerou que ao suposto concreto non lle resultaba de

aplicación a obriga específica de información expresa á traballadora. Esa información quedaba relevada ante a comisión dun acto ilícito (furto de diñeiro), sendo suficiente entón co cumprimento da obriga prevista para os supostos de videovixilancia xeral. O TSX considerou que o deber de colocar un dispositivo informativo nun lugar suficientemente visible non cedía nin ante a comisión de actos ilícitos.

Pola propia natureza da cámara instalada, no caso axuizado os empregadores non colocaron ningún tipo de distintivo. Por iso, ante a ausencia da información legalmente esixible, o TSX determinou que as imaxes e gravacións da traballadora non se podían tomar en consideración a efectos probatorios da conduta do despedimento. Non obstante, e sen desvirtuar esta afirmación categórica, o tribunal tamén realizou un breve apuntamento sobre o contexto do caso examinado. A xurisprudencia precedente ao caso e a normativa de protección de datos podían adecuarse ben ás empresas prototipo con establecementos abertos ao público. Pero no caso concreto, a prestación de servizos da empregada do fogar desenvolvíase nun domicilio particular, en condicións de intimidade familiar. Neste sentido, o TSX apuntou que unha interpretación finalista da normativa de protección de datos podía conducir nestas relacións a unha excepción parcial da obriga de información mediante dispositivos ou carteis. O TSX de Galicia parece abrir unha nova interpretación da información mínima esixible mediante este apuntamento, aínda que o suposto axuizado non ofreceu a posibilidade de reflexionar máis aló neste sentido, xa que nel a ausencia de información foi total.

Sen dúbida, o transcendental deste fallo non é tanto a cualificación final da conduta da traballadora como o valor probatorio das gravacións de sistemas de videovixilancia. O TSX ilustrou en certa medida como a normativa de protección de datos non se adapta facilmente a todo tipo de relacións laborais e, en concreto, ás relacións laborais especiais dos empregados do fogar, en virtude do contexto no que xorden. Tratándose dunha cuestión puramente casuística, serán necesarias futuras resolucións xudiciais que profunden na materia e ponderen os delicados intereses das partes.