

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Personal Investigador en Formación (FPU)

Universidade de Santiago de Compostela

lidia.gil.oter@usc.es

Palabras clave: acoso laboral, intimidad, protección de datos, conciliación, discriminación, libertad religiosa, estado civil, discapacidad.

Palabras chave: acoso laboral, intimidade, protección de datos, conciliación, discriminación, liberdade relixiosa, estado civil, discapacidade.

Keywords: mobbing, privacy, data protection, work-life balance, discrimination, freedom of religion, civil status, disability.

La crisis sanitaria provocada por la COVID-19 y las importantes medidas de restricción adoptadas para su contención han afectado de lleno, en este primer semestre del 2020, a la actividad judicial. El acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 13 de marzo de 2020 facultaba el cese de la actividad en las dependencias judiciales, asegurándose en todo caso las actuaciones en los procesos en los que se alegase vulneración de derechos fundamentales y, en concreto, en el orden jurisdiccional social, la celebración de juicios declarados urgentes por la legislación, así como los procesos de EREs y ERTEs.

La COVID-19 ha tenido un gran impacto en el ámbito de las relaciones laborales debido, fundamentalmente, a la paralización y restricción de la actividad no esencial. Han sido numerosas las personas trabajadoras que, de una u otra forma, han sentido los efectos de la crisis sanitaria en su empleo o profesión. No obstante, los conflictos derivados de las medidas empresariales adoptadas como consecuencia

de la COVID-19 no han sido los protagonistas de la actividad judicial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia durante el primer semestre del 2020. Razones lógicas y temporales apuntan a que éstos sí tendrán una importancia notable durante el segundo semestre. Por el contrario, y en atención al escenario anterior, la actividad de este tribunal ha estado especialmente vinculada a los procesos en los que se ha invocado lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas. Tanto con anterioridad a la declaración del estado de alarma como con posterioridad, el carácter preferente de los procesos en los que eran acumulados este tipo de pretensiones¹ ha derivado en que, a través de varias sentencias, el tribunal haya hecho un exhaustivo recorrido sobre las causas discriminatorias, el derecho a la intimidad, a la integridad, a la tutela judicial efectiva y a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, entre otros.

Todo lo anterior justifica que esta crónica jurisprudencial esté especialmente dedicada al examen de la interpretación judicial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a través de diferentes tipos de procesos del orden jurisdiccional social. El derecho a la no discriminación gozará de una gran importancia en este sentido, estudiándose incluso las formas más sutiles de vulneración como la discriminación por asociación.

1. EL TEST DEL ACOSO LABORAL O MOBBING. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 7 DE FEBRERO DE 2020 (NÚM. REC. 5595/2019)

El acoso laboral o «mobbing» ha venido siendo, desde los últimos años, un tema al que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia le ha dedicado una especial atención, a través de construcciones jurisprudenciales novedosas y atentas a la literatura científica y médica que conseguían ofrecer una protección íntegra de aquellos derechos fundamentales que

¹ Artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

habían sido vulnerados en la persona trabajadora. No obstante, la anterior doctrina jurisprudencial se ha visto afectada por el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional 56/2019, de 16 de mayo. En él, el Tribunal Constitucional ha elaborado una guía de los elementos de necesaria apreciación para determinar la existencia de una situación de acoso laboral, prescindiendo de todo tipo de definiciones o precisiones conceptuales. A través de la sentencia de 7 de febrero de 2020 el TSJ de Galicia recoge la anterior construcción para su puesta en práctica al hilo de un supuesto específico, no sin antes realizar las correspondientes reflexiones sobre su impacto.

En este caso concreto, la trabajadora, en virtud de contratos temporales, prestaba sus servicios como trabajadora social para la entidad Ende Ben Ordes, S.L. El 28 de mayo de 2018 se produce una modificación en la distribución de las tareas del personal que afectaba a todo el personal de la empresa. No obstante, tras la aplicación de dicha modificación, la trabajadora demandante y otra compañera sufrieron sus efectos más intensamente, o al menos así lo vivenciaron, y por ello formularon denuncia el 30 de octubre de 2018 ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Así, en esta denuncia alegaron la encomienda de funciones fuera de sus correspondientes categorías profesionales, excesos de jornada, impago de salarios, presiones de la gerencia y un incorrecto trato por su parte.

Con anterioridad a dicha denuncia, el 5 de octubre de 2018 la trabajadora había iniciado un proceso de incapacidad temporal por estados de ansiedad que en los informes médicos resultaron vinculados a un estrés laboral crónico.

Al mes siguiente de la formulación de la denuncia, el 30 de noviembre de 2018 la empresa le comunicó finalmente a la trabajadora y a siete compañeras más una subrogación de personal.

Partiendo de este escenario, la trabajadora solicitó extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial, especificando en concreto tres motivos (art. 50 del ET):

vulneración del derecho fundamental a la integridad por acoso o menoscabo de la dignidad, existencia de represalias e impago de salarios. Siendo desestimada esta pretensión en primera instancia, se formuló por la trabajadora recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia.

Teniendo en cuenta que la trabajadora incidió fundamentalmente en la vulneración del derecho fundamental a la integridad, por considerarlo el «más relevante», esta sentencia del TSJ se detuvo especialmente en su examen. El tribunal comenzó su reflexión a partir de la jurisprudencia marcada por el Tribunal Constitucional en torno al artículo 15 de la Constitución Española, enumerando los determinantes de la vulneración del derecho a la integridad moral: la intencionalidad, el menoscabo y la vejación (STC 56/2019, de 16 de mayo). Este test del Tribunal Constitucional exigía examinar si la conducta era «deliberada o, al menos, estaba adecuadamente conectada al resultado lesivo; (...) si había causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (...); y si respondía al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado». El TSJ admitió que el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia, no pretendía conceptuar el acoso laboral, pero sí elaborar un test a partir del cual debían ser descartados aquellos conceptos jurisprudenciales del acoso laboral –ante la ausencia de un concepto legal– que no cumpliesen con los requisitos exigidos.

A juicio del TSJ, de dicha doctrina constitucional destacaban fundamentalmente cuatro grandes aspectos. En primer lugar, el TC no descartaba la vulneración del derecho fundamental por la circunstancia de que la conducta no fuese deliberada, en la medida en que se exigía simplemente que la conducta realizada estuviese adecuadamente conectada al resultado lesivo que se producía. En segundo lugar, tampoco se descartaba la vulneración por no existir efectivamente un resultado lesivo,

admitiendo la potencialidad del resultado. En tercer lugar, el TC admitía la posibilidad de vulneración del derecho a través de una conducta ilegal, inadecuada, innecesaria y desproporcional en la que faltase, no obstante, el elemento de la vejación. El TC entendía incluso ese elemento de vejación en un sentido amplio, atendiendo a la finalidad de la actitud de vejar, humillar o envilecer o al hecho de que la conducta fuese objetivamente idónea para producir ese resultado o haberlo producido efectivamente. En último lugar, el TC no recogía ninguna referencia a una persistencia temporal de la conducta enjuiciada o a la tipificación de la conducta «dentro de las categorías habitualmente utilizadas en la literatura médica para apreciar la existencia de un acoso laboral».

Aplicando la doctrina constitucional al supuesto enjuiciado, el TSJ concluyó que la conducta empresarial era constitutiva de acoso laboral y vulneraba el artículo 15 de la Constitución Española. Para llegar a esta conclusión, el TSJ prestó especial atención a los indicios o los principios de prueba extraídos de una cronología exacta de los hechos probados.

En primer lugar, uno de los hechos destacados fue el propio proceso de incapacidad temporal por ansiedad en el que se encontraba la trabajadora, derivada de un estrés laboral crónico. Tras ponerse en duda esa conexión del estrés de la trabajadora con el trabajo, el TSJ prestó especial atención a esta cuestión. Si bien el tribunal admitió que dicha vinculación «no obedecía a una comprobación objetiva que los servicios médicos (...) hayan realizado con pleno conocimiento de causa, pues seguramente se derivan de las afirmaciones de la paciente», ofreció a continuación tres argumentos que permiten intuir su existencia. En primer lugar, el TSJ insistió en que la vinculación laboral había sido incluida reiteradamente por los servicios médicos en los correspondientes informes, entendiendo que dicha introducción no se realizaría únicamente atendiendo a las insistencias de la trabajadora. En segundo lugar, el TSJ atendió a la fecha en la que se produjo la modificación de

las condiciones y tareas, el 28 de mayo de 2018, y la fecha en la que se produjo la baja médica, el 5 de septiembre de 2018, concluyendo así una correlación temporal clara. En último lugar, el TSJ consideró que los términos de la modificación de las tareas y, en concreto, la afectación de dicha modificación a la trabajadora sí eran susceptibles por sí mismos de generar un estrés laboral.

En línea con lo anterior, el TSJ recordó que el carácter plural de las medidas adoptadas, incluyendo la subrogación de personal, no diluían la existencia de una represalia contra la actuación individual de la trabajadora, es decir, la impugnación y la denuncia ante la ITSS. Aunque existiese una causa justificativa de las decisiones acordadas por la empresa, la represalia estaría precisamente en incluir a la trabajadora dentro del grupo de afectadas.

El conjunto de indicios determinó, a juicio del TSJ, que la conducta de la empresa estuviese adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento de la intencionalidad), que causase a la trabajadora un padecimiento físico, psíquico o moral (elemento del menoscabo) y que fuese objetivamente idónea para producir efectivamente el resultado de vejár, humillar o envilecer (elemento de la vejación). La incomparecencia de la empresa al acto del juicio impidió que se pudiesen considerar sus decisiones adecuadas, necesarias y proporcionales en un sentido estricto en relación con un interés empresarial ilícito. En consecuencia, aun pudiendo ser descartable el elemento de la vejación, se apreció en el caso concreto una vulneración del derecho fundamental a la integridad moral de la trabajadora que justificaba la correspondiente resolución del contrato al amparo del art. 50 del ET.

El TSJ finalizó su pronunciamiento reconociendo la compatibilidad de la indemnización derivada del art. 50 del ET con la indemnización derivada de la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral, atendiendo a las dolencias psíquicas de la trabajadora. En consecuencia, y realizando una interpretación analógica de la Ley de

Infracciones y Sanciones del Orden Social, se le reconoció también a la trabajadora una indemnización de seis mil euros.

2. LA FINALIDAD DE LA CONCRECIÓN HORARIA Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 17 DE ENERO DE 2020 (núm. rec. 5321/2019)

Al igual que sucedía en el ámbito del acoso laboral, el TSJ de Galicia ha sido uno de los pioneros en reconocer y defender expresamente el derecho de las personas trabajadoras a la adaptación de la jornada y a la concreción horaria de la reducción de la jornada por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Esta tendencia garantista no contradice, sin embargo, el hecho de que el tribunal se haya venido mostrando muy cauteloso a la hora de enjuiciar la naturaleza y adecuación de las medidas solicitadas por las personas trabajadoras y, especialmente, la proporcionalidad de estas en relación con las razones empresariales organizativas debidamente acreditadas. Un ejemplo de ello es precisamente la sentencia de 17 de enero de 2020, en la que se cuestionan los dos aspectos anteriormente mencionados.

La trabajadora de la empresa X prestaba servicios como azafata, adscrita al departamento de recepción. En dicho departamento se prestaban servicios todos los días del año y las 24 horas del día, contando con un total de cinco empleados que se organizaban mediante sistema de turnos rotatorios. Cada trabajador trabajaba seis días de mañana, disfrutaba de tres días de descanso y trabajaba de nuevo seis días de tarde, y así sucesivamente.

La trabajadora era madre de una hija nacida en el 2016 y su pareja, padre de la menor y abogado, tenía un horario de 09:00 a 13:30 y de 16:30 a 19:30 horas. Partiendo de dicho escenario, la trabajadora solicitó a la empresa una reducción de jornada por guarda legal desde el 27 de mayo de 2019, especificando la concreción horaria. En concreto,

la trabajadora propuso en primer lugar que, del 27 de mayo al 31 de agosto –periodo previo a la escolarización de la menor–, su prestación se realizase los días que le correspondiese trabajar, de lunes a jueves, de 07:00 a 15:00 horas, exceptuándose el trabajo los viernes, fines de semana y festivos. En segundo lugar, del 1 de septiembre hasta que la menor cumpliese doce años, se propuso la prestación con las mismas condiciones que en el supuesto anterior, pero en turno de tarde, es decir, de 15:00 a 23:00 horas. La trabajadora se había servido de ejemplo de una reducción de jornada existente en otro departamento de la empresa, el de coordinación, en el que una trabajadora no prestaba servicios ni los fines de semana ni festivos tras la decisión impuesta judicialmente.

Tras el examen de la propuesta de la trabajadora, la empresa le comunicó la imposibilidad de aceptar la concreción horaria por razones de índole organizativa, otorgándole tres opciones alternativas. Ante dicha contestación, la trabajadora comunicó que su propuesta no era rígida y que podía adaptarse a las situaciones concretas de ausencia de sus compañeros por vacaciones o formación, si bien se trataría en todo caso de supuestos excepcionales, debiendo respetar el grueso de lo solicitado. La trabajadora, en su contestación a la empresa, remitió un cuadrante ejemplo de su petición que fue estudiado por la empresa. Sin embargo, la empresa llegó a la conclusión de que en aplicación del mismo deberían realizar en los últimos cuatro meses de 2019 hasta treinta y dos cambios de turno de sus compañeros de departamento, quedando incluso descubiertos cinco días. A juicio de la empresa, la propuesta de la trabajadora conllevaba una sobrecarga de trabajadores en el turno de tarde durante nueve meses al año y en el turno de mañana durante tres meses, y así se lo transmitió.

En este escenario de bloqueo la trabajadora demandó a la empresa, solicitando la concreción horaria anteriormente expuesta de la reducción de jornada. En primera instancia su pretensión fue desestimada, interponiéndose así por la

demandante recurso de suplicación ante el TSJ. Alegó, fundamentalmente, la vulneración de los arts. 37.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con el art. 14 de la Constitución Española, basándose en la titularidad de su derecho a la concreción horaria de la reducción de la jornada.

El TSJ comenzó su pronunciamiento trayendo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional que exige examinar las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras «desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE)» y «desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)» (STC 3/2007 y 26/2011), tanto si la concreción horaria implica o no cambios de turnos o días de prestación de servicios.

A juicio del TSJ, eran dos los grandes aspectos a tener en cuenta a la hora de examinar la admisión de la medida y la concreción solicitada por la trabajadora. El primero de ellos atendía a la propia naturaleza de la medida, cuestionándose el tribunal a su vez dos cuestiones. En primer lugar, el TSJ se cuestionó en qué medida la concreción de la medida de conciliación en el horario de tarde suponía una medida de conciliación laboral. El argumento de la trabajadora en aras a obtener el turno de tarde no obedecía a su necesidad de conciliar. Por el contrario, simplemente argumentaba que por la tarde era el momento en el que ella podía trabajar porque durante ese tiempo era el padre quien podía cuidar de la menor. El TSJ consideró que la trabajadora debía haber defendido la posición contraria, es decir, debía haber acreditado que era por la mañana cuando tenía la verdadera necesidad de conciliar, porque ello podría determinar que fuese adscrita de forma permanente al turno de tarde. A juicio del TSJ, el deseo de llevar a la menor al colegio por la mañana no era suficientemente justificativo, teniendo en cuenta además los intereses organizativos de la empresa.

En segundo lugar, el TSJ examinó también la propuesta de la trabajadora de no prestar servicios los viernes, fines de

semana y festivos, yendo más allá de una simple modificación de la jornada. Para examinar la adecuación de esta medida, el TSJ partió del examen global de las circunstancias de la trabajadora, en la medida en que esta venía prestando sus servicios de lunes a domingo, no de lunes a viernes. La trabajadora justificó su concreción en la necesidad de que la menor pudiese estar esos días con el núcleo familiar completo, es decir, con el padre y la madre. No obstante, el TSJ consideró que «el deseo legítimo de convivir los tres, padre, madre e hija el fin de semana no es una necesidad de conciliación laboral y familiar que justifique la concreción solicitada». Si efectivamente el padre no pudiese hacerse cargo de la menor durante los fines de semana, el TSJ se vería obligado a otorgar la medida solicitada, sin cuestionar que fuese la trabajadora quien pretendiese conciliar y no el padre. Sin embargo, el padre de la menor no trabajaba los fines de semana ni los festivos, de tal modo se concluyó por el tribunal que no se precisaba la medida de conciliación solicitada en ese periodo.

El TSJ entendió así, para finalizar esta primera reflexión, que la concreción horaria solicitada por la trabajadora no era idónea para la conciliación de la vida familiar y laboral. Esta conclusión enlaza con el segundo aspecto examinado por el TSJ, la proporcionalidad de la medida en relación con el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo. En el caso concreto, el TSJ entendió que la empresa había acreditado debidamente la concurrencia de intereses organizativos y productivos que justificarían la desproporcionalidad de la medida, derivándose de ella una alteración notable del funcionamiento de la empresa.

Consecuentemente, el TSJ terminó confirmando la decisión de primera instancia y desestimó el recurso de la trabajadora.

3. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Han sido varias las facetas y ámbitos de las relaciones laborales que se han visto afectadas tras la irrupción de las nuevas tecnologías. Una de ellas ha sido precisamente la vigilancia y el ejercicio del control empresarial, a través de nuevas fórmulas digitales que permiten en ocasiones el seguimiento exhaustivo de las tareas realizadas por las personas trabajadoras. Esas fórmulas de control han propiciado el descubrimiento de transgresiones de la buena fe contractual por parte de la persona trabajadora, justificando así el despido disciplinario. No obstante, el respeto a los derechos fundamentales y, en concreto, al derecho a la intimidad, honor y propia imagen de las personas trabajadoras siempre se ha mostrado como un límite infranqueable. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia siempre han considerado estrictamente necesario enjuiciar las medidas adoptadas por el empresario atendiendo a las posibles vulneraciones de los derechos anteriores.

Las dos sentencias siguientes, aun referidas a contextos diferentes, ilustran cómo el derecho fundamental a la intimidad no resulta vulnerado ante cualquier tipo de injerencia del empresario. Así, se expondrán los límites no vulnerables y, a su vez, se reflexionará sobre la vigencia de la doctrina jurisprudencial ante los nuevos cambios en la normativa de protección de datos de las personas trabajadoras. En concreto, se incidirá en los requisitos que esta última puede imponer para la captación y tratamiento de datos o imágenes por parte del empresario y los límites vigentes para adoptar medidas con fundamento en ellos, ofreciendo resoluciones diferentes al mismo caso a través de la emisión de un voto particular.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de marzo de 2020 (núm. rec. 25/2020)

La empresa BOSCH, a través de una página web, permitía a sus empleados adquirir productos de la marca que presentaban algún tipo de defecto o taras a precios más bajos, con la única limitación de que dichos productos no podían ser revendidos o comercializados. El 29 de mayo de

2019 uno de los coordinadores fue a entregarle un producto de dicha web a un trabajador que lo había adquirido previamente. En ese momento, el coordinador vio la pantalla del trabajador en la que estaba abierta la página web Ebay y, además, se mostraba un producto de la marca Bosch. Ante esta situación, el trabajador le dijo al coordinador que eran cosas personales e impidió que siguiese mirando su pantalla.

Posteriormente el coordinador cotejó los productos comprados por ese trabajador con aquellos que vendía un usuario en la página de Ebay, concluyendo que ese trabajador efectivamente los estaba revendiendo online. Ante estos hechos, y teniendo en cuenta también que la empresa prohibía a los empleados navegar en los ordenadores para cuestiones no relacionadas con el trabajo, ese trabajador fue despedido.

La demanda de despido interpuesta por el trabajador fue desestimada en primera instancia, acudiendo posteriormente en suplicación al TSJ. En esencia, el trabajador instaba la nulidad del despido considerando que las averiguaciones realizadas por la empresa se habían realizado de forma ilícita e infringiendo su derecho a la intimidad.

Para realizar el examen de esta cuestión, el TSJ rescató la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Barbulescu II*² y expuso los tres argumentos centrales que se podían extraer de ella. En primer lugar, se reconoce que el trabajador tiene expectativas razonables de confidencialidad en virtud de las cuales puede realizar «un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos digitales facilitados por la empresa». No obstante, y en segundo lugar, se admite que esa expectativa razonable de confidencialidad pueda neutralizarse por el empresario a través de la prohibición

² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu II*.

expresa del uso para fines privados de dichos dispositivos. Para que esa neutralización sea operativa, se exige, en tercer lugar, que los trabajadores hayan sido debidamente informados.

A partir de la declaración testifical, el juez de instancia declaró probado que la única injerencia que realizó la empresa en el ordenador del trabajador fue la visualización por el coordinador de la pantalla encendida y la página web que se encontraba abierta en ese momento. No obstante, para el TSJ esa intromisión no implicaba el manejo de información íntima o personal del trabajador que limitase su derecho a la intimidad, apoyándose en dos fundamentos. Destacó así la prohibición de navegación para fines privados establecida por la empresa y, a su vez, el hecho de que fuese el propio trabajador el que abriese la página web en su centro de trabajo y en su propio puesto. A juicio del TSJ, este último acto reducía notablemente las expectativas de intimidad del trabajador en la medida en que cualquier persona podía visualizar el contenido simplemente acercándose a la pantalla.

Se trajo así a colación la STSJG de 8 de mayo de 2019 (núm. rec. 528/2019), en la que se había rechazado la vulneración del derecho a la intimidad de un trabajador ante el hallazgo de datos meramente casual. Desde el momento en el que no existía un derecho a utilizar el ordenador del trabajo para fines personales, tampoco había derecho a utilizarlo para dichos fines en condiciones que exigiesen el respeto íntegro del derecho a la intimidad. Así, entendiendo que la injerencia en la esfera del trabajador se limitaba a la visualización casual de la pantalla de su ordenador, entendió el TSJ que no se produjo una infracción o vulneración de su derecho, declarando el despido procedente y confirmando la sentencia de instancia.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2020 (núm. rec. 5003/2019)

La empresa Atlántica Saga Ourense, tras detectar un elevado número de devoluciones de artículos realizados por

una dependienta a su servicio, inició un proceso de investigación. A través de las imágenes captadas por los sistemas de videovigilancia, la empresa detectó que la trabajadora había realizado hasta un total de 13 operaciones irregulares (no pasar los productos por el scanner de caja, realizar devoluciones de productos ficticias, etc.).

Los sistemas de vigilancia habían sido instalados hace años en la empresa con la finalidad de controlar el establecimiento, si bien en agosto de 2017 se comunicó a los representantes de los trabajadores que dichos sistemas se ampliarían con el objetivo de tener también un control de los sistemas de organización y control laboral. En este sentido, existían también carteles en el establecimiento que indicaban la existencia de cámaras de vigilancia. En todo caso, los sistemas habían sido comunicados y registrados en la Agencia Española de Protección de Datos.

Con fundamento en los motivos anteriores, la empresa procedió al despido de la trabajadora. Interpuesta la correspondiente demanda en primera instancia y siendo ésta desestimada, la demandante acudió en suplicación al TSJ. Alegó, en esencia, la vulneración del art. 18 de la CE, del art. 55.5 del ET, del art. 89.1 de la LOPDP³ y del Reglamento 2106/679. La trabajadora consideraba que se había producido una «ilegítima privación del derecho a disponer de los propios datos personales» y una «intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la esfera privada del trabajador», al no haber sido informada previamente sobre la instalación y finalidad de las cámaras de videovigilancia ni haber dado su consentimiento para el tratamiento de los datos obtenidos a través de ellas.

Para dar respuesta al conflicto suscitado, el TSJ comenzó su pronunciamiento realizando una serie de consideraciones relativas a la naturaleza de los derechos fundamentales en

³ Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

juego. El derecho fundamental a la intimidad impone a terceros «el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal (...) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice (...»). Así, en el ámbito de las relaciones laborales, el poder de dirección, vigilancia y control debe tener en consideración esos límites. Por su parte, el derecho fundamental a la protección de datos «persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir el tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y los derechos del afectado», no tratándose en todo caso de un poder de control absoluto.

A partir de la anterior delimitación conceptual, el TSJ realizó un recorrido sobre la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al control de las garantías constitucionales en el ámbito de las relaciones laborales. Así, en un primer momento se exigió una información a los trabajadores clara, expresa, precisa e inequívoca de que su actividad podía ser grabada, indicando a su vez la finalidad perseguida con las medidas de control adoptadas (STC 186/2000) e incluyendo la adopción de sanciones disciplinarias (STC 29/2013). Sin embargo, en una segunda etapa, el TC relajó sus exigencias, declarando que ese deber de información previa se cumplía cuando el trabajador conocía el establecimiento en la empresa del sistema de videovigilancia, sin necesidad de especificar más allá de su mera existencia. Consecuentemente, sólo se exigiría el consentimiento de los trabajadores afectados por la medida de vigilancia cuando el tratamiento de los datos estuviese dirigido a una finalidad ajena al cumplimiento del contrato de trabajo (STC 39/2016).

En este recorrido tuvo lugar la irrupción de la normativa de protección de datos. El artículo 89.1 de la LOPDP, en la línea anterior, pasó a exigir al empresario que informase «con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes» acerca del tratamiento de las imágenes obtenidas a través de los sistemas de videovigilancia

instalados para el control de los trabajadores. Teniendo como referencia esta normativa, el TSJ consideró que la actuación empresarial controvertida –es decir, el visionado y el tratamiento de las imágenes de la trabajadora– no era ilícita en atención a dos principales líneas argumentales.

En primer lugar, el TSJ reconoció que la implantación del sistema de videovigilancia en el lugar de trabajo se había realizado ya tiempo atrás, siendo extremadamente difícil que la trabajadora lo ignorase dada su antigüedad y dada la existencia de carteles informativos. A juicio del TSJ, la empresa había cumplido con las dos principales obligaciones impuestas por el art. 89.1 de la LOPDP. Si bien este precepto imponía la obligación de información previa para el tratamiento de datos, es cierto que esta se atenuaba cuando se hubiese captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o empleados públicos. En estos supuestos, esa obligación de información clara, precisa, expresa y concisa se entendía cumplida con la simple existencia de un dispositivo en un lugar suficientemente visible que indicase la presencia del sistema de vigilancia y la posibilidad de ejercitar los derechos del Reglamento 2016/679.

El TSJ reflexionó brevemente sobre el verdadero significado de ese precepto y, en concreto, de la comisión flagrante de actos ilícitos. A su juicio, la propia naturaleza de un acto ilícito –es decir, aquel de ejecución actual o evidencia que no necesita pruebas– resultaría contradictoria con la necesidad de realizar comprobaciones videográficas. El art. 89.1 de la LOPDP parecía exigir, no obstante, esa comprobación videográfica, en la medida en que disponía que la comisión de los actos ilícitos flagrantes debía ser «captada» por los sistemas de vigilancia. Más allá de esta reflexión, el TSJ consideró aplicable esta excepción de la regla general al caso concreto, entendiendo cumplido el deber de información de la empresa a través de los carteles correspondientes. No obstante, no se olvidó el TSJ de recordar que la propia empresa había puesto en conocimiento de la representación social la existencia de las

medidas de control correspondientes. Consecuentemente, el TSJ no entendió vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos de la trabajadora.

En segundo lugar, y como argumento en contra de la inexistencia de una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, el TSJ entendió que los sistemas de videovigilancia cumplían con los parámetros de legalidad de la doctrina constitucional (STC 6/1998). De esta forma, se trataba de medios idóneos (aptos para acreditar los hechos imputados a la trabajadora), necesarios (por no existir otros medios menos gravosos) y proporcionales («por importar mayor provecho para el interés general de la empresa que agravio sobre el derecho fundamental que la trabajadora invoca»).

En definitiva, y tras negar la vulneración de los dos derechos fundamentales, el TSJ declaró procedente el despido y confirmó por ende la sentencia de instancia. No obstante, frente al sentir de este pronunciamiento emergió la voz discrepante de un magistrado de la sala que, a través de un voto particular, ofreció una solución al conflicto de signo contrario.

El magistrado centró fundamentalmente su reflexión en el derecho fundamental a la protección de datos de la trabajadora, considerando que la empresa no cumplió con el deber de información exigido en el art. 89.1 de la LOPDP. En primer lugar, a diferencia del parecer mayoritario, consideró que el acto ilícito imputado a la trabajadora no fue captado de un modo flagrante, excluyendo así la aplicación de la atenuación del deber de información. En concreto, consideró que no se produjo la comisión flagrante en atención a dos argumentos que bebían de la propia definición del concepto «flagrante»⁴. En primer lugar, no constaba que los actos imputados a la trabajadora fueran

⁴ Según el diccionario de la Real Academia Española: «Que se esté ejecutando actualmente» o «De tal evidencia que no necesita pruebas».

advertidos en el momento en que los estaba cometiendo, bien de forma directa y personal o bien de forma síncrona a través del visualizado de las cámaras en ese lapso temporal concreto. En segundo lugar, el magistrado entendió que los actos cometidos sí habían necesitado pruebas distintas de la grabación para evidenciarlos, y así se deducía de los hechos probados. La empresa no sólo aportó al proceso las grabaciones, sino también informes periciales, fotográficos, testificales, arqueos de cajas, etc.

Por las anteriores razones, el magistrado consideró que al caso concreto debió haber sido de aplicación la obligación general de información. A su juicio, ese deber de información no se dio en el caso concreto, siendo insuficiente la mera información a los representantes de los trabajadores y la instalación de carteles informativos. A partir del tenor literal del art. 89.1 de la LOPDP, la información a los representantes no excluía la información al trabajador, porque el propio precepto conecta ambos elementos con la conjunción «y».

Por ello, entendió el magistrado que la prueba de las videocámaras había sido empleada ilícitamente para despedir a la trabajadora, vulnerando su derecho a la protección de datos personales. En la medida en que en el art. 89.1 de la LOPDP se preveía un supuesto especial frente a la obligación general de información que implicaba, por sí mismo, los derechos fundamentales de la trabajadora, dicho supuesto debía estar guiado por una interpretación restrictiva que determinaba su inaplicación al caso concreto. A su vez, también discrepó del carácter necesario de la instalación del sistema de vigilancia a efectos de ponderar la posible vulneración del derecho fundamental a la intimidad. A su juicio, podía haberse obtenido la misma información habiendo cumplido la empresa con la exigencia legal de información a los trabajadores y, conjuntamente, a sus representantes legales.

En definitiva, considerando que la empresa había vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad y protección de

datos de la trabajadora, postuló el magistrado la nulidad del despido.

4. DE LAS DIFERENTES CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

La configuración doctrinal y jurisprudencial del derecho fundamental a la igualdad siempre ha gozado de un gran desarrollo en el ámbito de las relaciones laborales. La heterogeneidad de este tipo de relaciones y las partes implicadas en ella han determinado que el derecho a la no discriminación haya sido estudiado por la jurisprudencia social atendiendo a la práctica totalidad de sus causas. La adopción de medidas empresariales con fundamento último en las más variadas causas de discriminación ha motivado este desarrollo jurisprudencial, en una labor de garantía de la persona trabajadora y de continua atención a la realidad social imperante. Esta adaptación ha determinado el estudio de causas de discriminación tradicionales y «modernas», así como de manifestaciones sutiles de las mismas.

La actividad judicial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en este primer semestre de 2020 ofrece una interesante selección de sentencias a través de las cuales se puede estudiar la nulidad del despido al amparo de las más variadas causas de discriminación: por razón de libertad ideológica, sexo, discapacidad, estado civil y libertad religiosa. Este recorrido jurisprudencial también permitirá estudiar las diferentes manifestaciones de la discriminación sobre sujetos en los que dicha causa de discriminación no recae directamente, como la discriminación por asociación o vinculación, de especial importancia en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia.

4.1. Discriminación por asociación. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de junio de 2020 (núm. rec. 408/2020)

En esta sentencia en concreto el TSJ ha estudiado si el ejercicio del derecho a la libertad ideológica por parte del marido de la trabajadora, con vinculación directa a la empresa, puede determinar la nulidad del despido de esta

última, a través de una discriminación por asociación o vinculación.

La trabajadora prestaba sus servicios para el Real Club Deportivo de A Coruña desde el año 2014 como responsable de protocolo. Sus funciones se dividían fundamentalmente en tres grupos: asistencia al anterior presidente, gestión propia del protocolo y organización de viajes.

Tras la renuncia del consejo de administración del club, se convocaron elecciones a las que concurrió la pareja de la trabajadora. Finalmente, la junta de accionistas eligió a su contrincante. Una vez formado ya el nuevo equipo y consejo de administración, el director general se reunió con la trabajadora y le comunicó que el nuevo consejo había decidido asumir por sí mismo las funciones de protocolo, debiendo abstenerse ella de realizar las tareas de organización del palco. Ante esta decisión, ese mismo día la trabajadora se puso en contacto telefónicamente con el nuevo presidente, preguntándole por las nuevas instrucciones que había recibido, si bien el presidente le comunicó que efectivamente eran ciertas pero que se las explicaría en otro momento más detenidamente. En concreto, el presidente le indicó: «Hay otra serie de razones que lógicamente no te voy a decir (...) y hay otra serie de trabajos que seguirás haciendo, pero ese justo ahora no porque yo considero que debe ser así».

Días más tarde, la trabajadora decidió remitir un correo al director general en el que manifestaba su discordancia con las nuevas medidas adoptadas, por entenderlas como una medida directa contra ella por ser la pareja del otro candidato a las elecciones. Así, solicitó también que se le enviaran por escrito las razones o motivos que amparaban la decisión tomada por el consejo de administración.

Al día siguiente, la trabajadora se reunió presencialmente con el nuevo presidente. En ese encuentro el presidente le indicó que esa situación se había provocado, ciertamente, a raíz de las elecciones, habiendo accionistas a los que incomodaba la presencia de la pareja del candidato perdedor en el palco. En la misma línea, el presidente le

indicó que su condición de pareja del candidato le había hecho perder la confianza que, en todo caso, entendía que debía ser inherente a su cargo.

No obstante, las funciones de protocolo del palco para el siguiente partido no habían sido atribuidas a otra trabajadora que sí era personal de confianza del presidente, sino a un trabajador auxiliar de protocolo que no había realizado esas funciones por sí mismo hasta el momento.

Dos días más tarde, la empresa le comunicó a la trabajadora su despido por causas organizativas. La empresa argumentó la necesidad de amortizar su puesto de trabajo para contribuir a una mejor organización de los recursos disponibles. El nuevo consejo de administración apostó por la existencia de un departamento de comunicación política e institucional que asumiese las funciones de asesoramiento del presidente, de tal modo que la existencia de un asistente al margen de dicho departamento redundaba, a su juicio, en un menoscabo de la unidad de criterio y actuación. Teniendo en cuenta la absorción de las funciones de la trabajadora por el nuevo departamento, así como la existencia de otro compañero de trabajo encargado de la gestión de protocolo, las funciones de la trabajadora se reducían a la organización de los viajes. A juicio del club, esas funciones tan limitadas no justificaban el mantenimiento de su puesto de trabajo, por lo que se procedió a su despido y amortización del puesto. Ese despido, en todo caso, era contrario a la práctica habitual del club de esperar al fin de la temporada para renovar al personal.

La trabajadora impugnó el despido, declarándose nulo en primera instancia por considerar que existía discriminación por asociación en virtud del ejercicio del derecho a la libertad ideológica por parte de su pareja. El club, disconforme con esa resolución, interpuso recurso de suplicación ante el TSJ.

El TSJ adoptó en su pronunciamiento una posición totalmente contraria a la defendida en la sentencia de instancia. Para conducir a ese resultado, comenzó el

tribunal dando unas nociones generales del concepto de discriminación por asociación. Así, entendía el tribunal la discriminación por asociación como «aquella que afecta a una persona que no pertenece al colectivo vulnerable pero que es tratada de forma peyorativa al haberse transferido a ella la discriminación respecto del tercero protegido». Partiendo de ese concepto, el tribunal consideró que, para valorar si había existido discriminación por asociación en el caso concreto respecto de la trabajadora, debían dilucidarse antes dos grandes cuestiones. En primer lugar, resultaba fundamental para el tribunal si el despido o represalia constituía una violación de la libertad ideológica de la pareja de la trabajadora. Si la respuesta a la anterior pregunta fuese afirmativa, entendía el tribunal que, en segundo lugar, debía estudiarse la existencia de indicios suficientes de la vulneración, no destruidos por la prueba de la empresa.

Como argumento principal, el TSJ entendió que la libertad ideológica del art. 16 de la CE, como una faceta clásica de la libertad de pensamiento, no se ponía en juego en unas elecciones al consejo de administración de un club de fútbol. Partiendo de esa base, es decir, de la no vulneración del derecho fundamental de la pareja de la trabajadora, descartó la existencia de la discriminación por asociación respecto de la trabajadora. Deja así entrever el tribunal que para apreciar la existencia de discriminación por asociación resulta necesario que efectivamente se hubiese conculado el derecho respecto de la persona perteneciente al colectivo vulnerable.

Siendo negativa entonces la respuesta a la primera pregunta, el TSJ pasó a examinar la nulidad del despido no ya en atención a la discriminación, sino en atención a la garantía de indemnidad. A juicio del tribunal, la sentencia de instancia había hecho una interpretación amplia de la garantía de indemnidad, en la medida en que la había extendido a las reclamaciones extrajudiciales realizadas por la trabajadora a la empresa a través de los correos electrónicos. Efectivamente, para el tribunal existían indicios

de una posible vulneración del artículo 24 de la CE, teniendo en cuenta además que la trabajadora, desde la decisión adoptada, había grabado las conversaciones y había alertado en sus escritos de la intención de entablar acciones judiciales. No obstante, el tribunal consideró que esas actuaciones no eran suficientes para entender que existía preconstitución de la prueba.

El TSJ entendió que el nuevo consejo de administración se había limitado a valorar la necesidad de mantener ese puesto en su organigrama, considerando correcta la amortización del puesto de la trabajadora. Las tareas que quedaban sin asignar después de la reestructuración de consejo eran tareas mecánicas o menos especializadas, entendiendo el tribunal que no era preciso mantener el puesto de la trabajadora por ser contrario a criterios de eficiencia, «propios de un buen comerciante».

Consecuentemente, la prueba de la empresa logró destruir para el TSJ los indicios de vulneración de la garantía de indemnidad, siendo procedente el despido de la trabajadora por razones organizativas derivadas de la amortización de su puesto.

4.2. La discriminación por razón de sexo: el derecho de la trabajadora a reincorporarse en un puesto de su categoría tras el permiso de maternidad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de enero de 2020 (núm. rec. 5489/2019)

Tras la reincorporación de una trabajadora de su permiso de maternidad, que venía prestando servicios como coordinadora de contact center, la empresa le notificó que su vuelta no podía realizarse en el mismo puesto que ocupaba con anterioridad. Alegaba la empresa, en este sentido, que había terminado la campaña subcontratada en la que estaba encuadrada, teniendo en cuenta además las escasas expectativas de crecimiento y la ratio de horas por agente/horas de soporte. Estas razones, *a priori*, motivaron que la empresa le asignase a la trabajadora funciones de teleoperadora especialista (y no de coordinadora), aun con

el mismo horario y salario. Estos hechos, no obstante, resultaban contradictorios, en primer lugar, con el hecho de que el resto de coordinadores sí fueron reubicados en su categoría tras la finalización de la campaña. A su vez, también destacaba dentro de los hechos probados el anuncio que dos meses más tarde había realizado la empresa en su propia intranet, en aras a la búsqueda de candidatos para el desempeño de un puesto de coordinador o coordinadora.

La trabajadora decidió impugnar la medida adoptada por la empresa, si bien en primera instancia fue desestimada su demanda. Ya en suplicación ante el TSJ, la trabajadora alegaba la vulneración del derecho de no discriminación por razón de sexo y del derecho a la reserva de un puesto de trabajo de la misma categoría profesional tras su permiso de maternidad, no pudiendo así perjudicarle el hecho de haber sido madre.

Tras el examen de los anteriores hechos, el TSJ advirtió la existencia de indicios evidentes de vulneración del derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Si bien a la trabajadora se le mantuvieron nivel, salario y horario, entendió el tribunal que se realizó por parte de la empresa una movilidad funcional descendente injustificada, al habersele adjudicado funciones que anteriormente desarrollaban sus propios subordinados. El mantenimiento del nivel retributivo no nació en todo caso de una decisión de la empresa, sino de la obligación impuesta a este respecto en el convenio colectivo aplicable. En consecuencia, la justificación aportada por la empresa, según el TSJ, no fue suficiente para desvirtuar la presencia de dichos indicios, teniendo en cuenta además que pretendía la contratación de nuevos coordinadores mientras se mantenía a la trabajadora en una categoría inferior como teleoperadora.

La censura de esta movilidad funcional y su declaración de nulidad fue acompañada del reconocimiento a la trabajadora de la correspondiente indemnización. La decisión empresarial provocó, a juicio del tribunal, un menoscabo

profesional y un trato peyorativo que, finalmente, desencadenaron los estados de ansiedad y la baja laboral de la trabajadora. La conducta discriminatoria de la empresa había provocado un perjuicio en la esfera personal y emocional de la trabajadora, siendo necesario por ello restablecerla en su integridad y proteger el correspondiente daño moral a través de una indemnización proporcional y ajustada a la realidad laboral.

4.3. La discriminación por razón de discapacidad y la obligación empresarial de realizar ajustes razonables. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de mayo de 2020 (núm. rec. 6272/2019)

Una trabajadora de la empresa Vego Supermercados venía prestando sus servicios como charcutera y responsable de la sección cuando sufrió un proceso de incapacidad temporal por enfermedad profesional (síndrome del túnel carpiano). En el momento en el que se reincorporó a su puesto de trabajo, fue remitida nuevamente para una valoración por el servicio de prevención. El servicio de prevención ajeno indicó al servicio de prevención propio de la empresa que la trabajadora no podía realizar movimientos por encima de la línea horizontal del hombro, estando incapacitada así para realizar la función de corte propia de la charcutería. Así, tanto el servicio de prevención ajeno como el servicio de prevención propio consideraron, en un primer momento, realizar una reubicación dentro de los puestos disponibles en la empresa. Si bien el servicio de prevención propio consideró posible su adaptación en la sección de pescadería, siempre que contase con una persona de apoyo, el servicio de prevención ajeno consideraba posible también la reubicación en las secciones de frutería o panadería, aun contando con escasas limitaciones dentro de esta última.

Ante estas consideraciones, la empresa le ofreció a la trabajadora su reubicación en la sección de pescadería, si bien su jornada se reducía a 30 horas semanales, dejando de percibir además el complemento de responsable de la sección. La trabajadora no aceptó esta reubicación y,

finalmente, los servicios de prevención la declararon no apta para las funciones de la charcutería. En consecuencia, la empresa la despidió por ineptitud para el desarrollo de las funciones propias de su puesto de trabajo.

Impugnado el despido por la trabajadora, este fue declarado nulo en primera instancia, lo que condujo al recurso de la empresa ante el TSJ. Alegó, en esencial, la infracción del art. 5 de la Directiva 2000/78 y el art. 52 a) del ET, entendiendo que el mantenimiento de la trabajadora conllevaría la adopción de ajustes que supondrían una carga excesiva y que, además, las funciones de responsable eran accesorias y debían ser realizadas por personas pertenecientes a la propia sección.

El TSJ comenzó su razonamiento recapitulando las implicaciones del derecho comunitario en materia de discriminación por discapacidad e ineptitud sobrevenida del trabajador. Efectivamente, el considerando 17 de la Directiva 2000/78 señalaba que no resultaba obligatorio mantener a una persona en un puesto para el que no resultaba competente o capacitada. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *HK Danmark*⁵ apuntó expresamente que los ajustes razonables que se hiciesen en la empresa, tras esa ineptitud, debían conducir al objetivo del mantenimiento del empleo. La tutela antidiscriminatoria incluía, a juicio del TSJ, la obligación empresarial de realizar los ajustes necesarios y, en el caso concreto, dichos ajustes sólo fueron aparentes.

Las funciones de responsable de puesto eran intercambiables en cualquier sección, y no se acreditó suficientemente por parte de la empresa que no pudiese reubicarse a la trabajadora ni en la sección de pescadería como responsable, ni en la panadería. En este último caso la reubicación sería incluso más sencilla, teniendo en cuenta que sólo existía una tarea muy puntual para la que estaba

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asunto C-335/11.

incapacitada, pudiendo auxiliarla otro trabajador sin necesidad de contratar a otra persona específicamente. De esta forma, tras no haber acreditado la empresa otras adaptaciones del puesto de la trabajadora que le supusiesen una carga excesiva, el TSJ declaró el despido nulo, existiendo discriminación por razón de discapacidad.

A la nulidad del despido también le acompañó la correspondiente indemnización, pese a que la empresa consideraba que no tenía obligación de indemnizar por no haberse acreditado los daños. Para dar respuesta a esta cuestión, el TSJ rescató la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 26/04/2016) en virtud de la cual se declaraban los daños morales indisociablemente unidos a la vulneración de los derechos fundamentales, debiendo flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización.

4.4. Discriminación por razón de estado civil. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2020 (núm. rec. 397/2020)

La Asociación Cluster Alimentario de Galicia contrató en abril de 2018 a una trabajadora como técnica a través de un contrato por obra o servicio determinado, vinculada a la gestión de proyectos europeos y, en concreto, al proyecto AFHES. Dicho proyecto tenía como fecha de inicio el 01/03/2019 y como fecha de fin el 28/02/2022. Con cargo a dicho proyecto, la empresa inició en mayo de 2019 un procedimiento para la contratación de servicios de apoyo a la gestión económica y a la administración.

El 7 de junio de 2019 la trabajadora le remitió un correo electrónico a su superior indicándole que se iba a casar y que, por ello, iba a pedir los correspondientes días de licencia matrimonial del 26 de agosto al 9 de septiembre, disfrutando de sus vacaciones con anterioridad, del 5 al 23 de agosto. El 21 de junio de 2019 se celebró una reunión con los trabajadores y el superior en la que se informó que todas las fechas de vacaciones solicitadas por los trabajadores habían sido aceptadas. La trabajadora, en esa

reunión, preguntó expresamente por sus días de permiso, respondiéndole sus superiores que efectivamente podía disfrutarlos a continuación de las vacaciones, en las fechas solicitadas.

El 24 de junio de 2019 la trabajadora recibió un correo electrónico en el que se indicaba que su porcentaje mensual de asignación del proyecto era del 100% en las fechas de vigencia del mismo. Al día siguiente de ese correo electrónico, el superior llamó a la trabajadora para comunicarle su cese por fin de contrato, remitiéndole un burofax con el documento de cese fechado el 9 de junio de 2019.

La trabajadora impugnó el cese del contrato, declarándose despido improcedente en primera instancia. La trabajadora, disconforme con el pronunciamiento, interpuso recurso de suplicación ante el TSJ, solicitando la nulidad de su despido por estar basado, a su juicio, en su estado civil. La empresa se opuso a dicho recurso afirmando, entre otras cuestiones, que contaba entre su personal con empleados que también estaban casados.

El TSJ examinó el caso concreto partiendo de dos afirmaciones sumamente importantes: la discriminación por estado civil está contemplada en el ordenamiento jurídico como causa de nulidad del despido⁶ y, a su vez, puede estar relacionada con la discriminación por razón de sexo, en la medida en que históricamente la discriminación laboral de las mujeres se ha manifestado por el hecho de que éstas contrajesen matrimonio.

A juicio del tribunal, en el caso concreto se podían observar indicios de discriminación por razón del estado civil de la trabajadora. En concreto, había pasado muy poco tiempo

⁶ Art. 14 de la CE, arts. 17.1 y 55 del ET, art. 11.2 de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y art. 3 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

desde la comunicación del matrimonio hasta el despido. Atendiendo a la fecha del documento del cese, eran sólo dos días de intervalo. Además, no se trataba únicamente de que el proyecto en el que se incardinaba la trabajadora no hubiese finalizado, sino que, a los pocos días del despido, la empresa realizó una nueva contratación para la misma categoría.

Estos indicios de discriminación no fueron neutralizados por la empresa. La simple afirmación de que la empresa tenía otros empleados casados no contribuía a ello, y deberían haberse aportado las pruebas de las concretas circunstancias de esos empleados casados, como su número, los puestos desempeñados o el porcentaje de hombres y mujeres en dicha situación. En consecuencia, el TSJ compartió el criterio del juzgador de instancia, considerando el cese de la trabajadora como un despido nulo y discriminatorio por razón de su estado civil.

4.5. Discriminación por razón de libertad religiosa. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de febrero de 2020 (núm. rec. 6082/2019)

Un trabajador, profesor de biología y teología, prestaba sus servicios docentes en el Colegio La Salle. Estas actividades de docencia fueron compatibilizadas por un tiempo con el desempeño de la actividad pastoral en el propio colegio. No obstante, en esta actividad pastoral surgieron discrepancias entre el profesor y el encargado que determinaron que el profesor dejase de participar en la misma.

El Acuerdo de Conferencia Episcopal Española sobre la regulación de la declaración eclesiástica de idoneidad para la designación de los profesores de religión católica de 27 de abril de 2017 exigía la concurrencia de dos condiciones para el ejercicio de la labor docente de religión: la declaración eclesiástica de competencia académica o de idoneidad y la «missio canónica» del ordinario diocesano, considerando competente e idóneo para un centro escolar concreto. A estos efectos, el profesor había obtenido en abril de 2007 la declaración eclesiástica de idoneidad por

haber cumplido con los requisitos de formación teológica necesarios. Sin embargo, el Arzobispado de Santiago no le concedió al profesor la «missio canónica» para el curso 2017/2018 como consecuencia de una serie de quejas procedentes de la comunidad educativa (dirección, profesores, padres y alumnos). Ante estos hechos, en junio de 2017 el profesor presentó un escrito ante el jefe de estudios del colegio solicitando que se le informase de las quejas y que se identificase a los padres de los alumnos que las habían formulado.

Así las cosas, al año siguiente el colegio decidió extinguir la relación laboral con el profesor por causas objetivas e ineptitud sobrevenida para ser profesor de religión católica, por no estar en posesión de la «missio canónica» correspondiente. El trabajador impugnó el despido solicitando su nulidad por ser, a su juicio, una consecuencia de las discrepancias surgidas en la actividad personal y resultar por ello discriminatorio. La demanda del trabajador fue estimada, conduciendo a la interposición del recurso de suplicación por parte de la empresa. A juicio de ésta, el despido del profesor obedecía únicamente a la retirada de la «missio canónica» del Arzobispado, careciendo por ello de los requisitos exigibles para impartir la asignatura de religión católica.

El TSJ rechazó tajantemente la argumentación de la empresa. En primer lugar, el tribunal reconoció que del relato fáctico no se podía derivar una vulneración del principio de igualdad respecto de los otros compañeros del profesor despedido. Los demás profesores de religión sí contaban con la «missio canónica», pero a su vez ceñían únicamente sus actividades docentes a la asignatura de religión, a diferencia del trabajador despedido. Las diferencias entre los profesores determinaron, a juicio del tribunal, que no se pudiese establecer una comparación equiparable para hablar de discriminación. Así, el TSJ consideró que lo fundamental era examinar si la actuación empresarial había vulnerado o no el derecho a la libertad religiosa del trabajador.

Junto con los hechos probados, el TSJ prestó especial atención a la regulación sustantiva de la materia y el diferente trato que esta dispensa a los profesores de religión en función de que sus servicios sean prestados en centros públicos o privados. El tribunal señaló que el Acuerdo al que hizo referencia la empresa, es decir, el Acuerdo de la Conferencia Episcopal, no se encontraba publicado en ningún tipo de boletín oficial, razón por la cual no podía entrar a juzgar la adecuación a derecho de la necesidad de obtener la «missio canónica». No obstante, y aun cuando la situación fuese la contraria, entendió el tribunal que el despido seguiría reputándose nulo.

El profesor despedido no sólo prestaba sus servicios como docente de religión, sino también en otro tipo de asignaturas de signo totalmente diferente. Este hecho determinó según el tribunal que el instrumento jurídico adoptado por la empresa fuese inadecuado, en la medida en que la supuesta ineptitud sobrevenida no abarcaba a la totalidad de sus servicios. Sin embargo, no se trató sólo para el tribunal de que el despido carezca de causa, sino que este también vulneraba el derecho a la libertad religiosa. Las discrepancias en la forma de impartir clases y desarrollar la actividad pastoral por el profesor constituyeron indicios razonables de que la decisión de despido tuvo un móvil discriminatorio en relación con el derecho a la libertad ideológica y religiosa, especialmente cuando dichas discrepancias no afectaban a la impartición de las clases de biología. Para llegar a esta conclusión, el TSJ partió de una interpretación amplia del concepto de religión, aludiendo al «fórum internum», es decir, al hecho de tener convicciones, y al «fórum externum», es decir, a la manifestación pública de la fe religiosa⁷. La libertad religiosa constituye un «derecho subjetivo de carácter fundamental

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*, asunto C-188/15 (ECLI:EU:C:2017:204).

que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de 'agere licere' del individuo»⁸. El respeto de ese derecho implica que los ciudadanos actúen con arreglo a sus convicciones, siendo inmunes a la coacción de los poderes públicos y privados. Así, partiendo de ese escenario jurídico previo, consideró el tribunal que el despido no era más que una represalia por las discrepancias que habían surgido en el desarrollo de la actividad pastoral, es decir, por una serie de actuaciones en materia religiosa e ideológica. Esa actividad empresarial estaba movida por la ideología y, consecuentemente, fue calificada como discriminatoria y nula.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo.