



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de octubre de 2022)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

TJUE. No es discriminación directa que la empresa prohíba a los trabajadores hacer manifestación de convicciones religiosas, filosóficas o espirituales si dicha prohibición es general e indiferenciada

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones. Norma interna de una empresa que prohíbe cualquier manifestación de convicciones religiosas, filosóficas o políticas en el lugar de trabajo. Uso de una prenda de vestir con connotaciones religiosas.

El artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que los términos «religión o convicciones» que figuran en dicho artículo constituyen un mismo y único motivo de discriminación que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales. A este respecto, recuerda el tribunal que de su jurisprudencia resulta que el motivo de discriminación basado en «la religión o las convicciones» debe distinguirse del basado en opiniones políticas o de cualquier otro tipo, ya sean sindicales, artísticas, deportivas, estéticas u otras. Por lo tanto, la protección de estas últimas convicciones por los Estados miembros no se rige por las disposiciones de dicha directiva. **Discriminación directa.** Amparándose en la doctrina contenida en sus Sentencias de 14 de marzo de 2017 (asunto C-157/15) y de 15 de julio de 2021 (asuntos C-804/18 y C-341/19), el Tribunal de Justicia señala que una disposición de un reglamento laboral interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad religiosa y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido del derecho de la Unión, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. En efecto, dado que toda persona puede profesar una religión o tener convicciones religiosas, filosóficas o espirituales, tal norma, siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones. **Discriminación indirecta.** Una norma interna como la descrita puede constituir, sin embargo, una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Añade el tribunal que una diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios, y recuerda al mismo tiempo que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que





incumbe a este demostrar. Ahora bien, en la fase de apreciación de la existencia de una justificación a una discriminación indirecta, el derecho de la Unión no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional conceda, en el marco de la ponderación de intereses divergentes, una mayor importancia a los de la religión o las convicciones que a los resultantes, en particular, de la libertad de empresa, siempre que ello se desprenda de su derecho interno. **Religión o convicciones como motivos de discriminación distintos.** El margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede conducir a permitir a estos o a los órganos jurisdiccionales nacionales dividir, en varios motivos, uno de los motivos de discriminación enumerados de manera exhaustiva en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, so pena de desvirtuar el texto, el contexto y la finalidad de ese motivo y menoscabar el efecto útil del marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por dicha directiva. Efectivamente, dado que el motivo de discriminación «religión o convicciones» abarca a todos los trabajadores de la misma manera, un enfoque segmentado de ese motivo, según el objetivo perseguido por la norma en cuestión, tendría como consecuencia crear subgrupos de trabajadores y menoscabar así el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por la Directiva 2000/78.

(STJUE, Sala Segunda, de 13 de octubre de 2022, asunto C-344/20)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

TS. Acceso al empleo público como contratado laboral: la excedencia por cuidado de hijos en el sector privado sí computa como trabajo efectivo a efectos del mérito de experiencia profesional

Contratación laboral con las Administraciones públicas. Acceso al empleo público. Conciliación de la vida laboral y familiar. Cómputo como experiencia profesional del periodo de tiempo en excedencia por cuidado de hijos. Bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso que no prevén dicho periodo como mérito profesional. Rechazo de la Administración a incluir como trabajo efectivo los 598 días de excedencia para el cuidado de hijos en el sector privado a efectos del acceso como contratada laboral.

La Ley orgánica 3/2007 no es una norma sectorial, en este caso reguladora del empleo público. Es una norma horizontal que, entre otros aspectos, incide puntualmente en el régimen del empleo público, lo que exige precisar qué alcance tiene en esa regulación lo que denomina «provisión de puestos de trabajo» (art. 57). Y es que tratándose de funcionarios públicos la provisión de puestos de trabajo se regula en el capítulo III del título V del EBEP bajo la rúbrica de «ordenación de la actividad profesional», teniendo por destinatarios a los que ya son funcionarios públicos e implicando un cambio de destino o de puesto, de ahí que regule el concurso o la libre designación, esto es, las formas típicas de provisión de puestos de trabajo entre funcionarios. Centrándonos en los contratados laborales al servicio de la Administración General del Estado, ámbito en el que se aplica el artículo interpretado en este pleito, cabe decir lo siguiente: por un lado, respecto de los contratados laborales, como tipo de empleados públicos, no cabe concluir que por «provisión de puestos de trabajo» deba aplicarse, sin matiz alguno, la lógica antes expuesta para los funcionarios públicos en el EBEP, lo que llevaría a que el artículo 57 de la Ley orgánica 3/2007 solo regiría para los que ya prestan servicios como contratados sujetos a la normativa laboral y no a los aspirantes; y, por otro lado, para determinar con más exactitud el alcance de este precepto en el ámbito de la contratación laboral de la Administración del Estado hay que estar al régimen de prelación de fuentes del EBEP y si vamos a su artículo 7.1 para ese tipo de empleado público, el EBEP da prioridad al ET seguido de los convenios colectivos, y en este caso era aplicable el III Convenio colectivo único para





el personal laboral de la Administración General del Estado. De aquella norma (ET) se deduce que su artículo 46.3, párrafo quinto, prevé que el tiempo en tal excedencia de un trabajador se compute a efectos de «antigüedad», sin distinguir en el ámbito laboral entre antigüedad y servicios efectivos. La conclusión es que, por una parte, el ET no matiza que «antigüedad» no equivalga a trabajo o servicios efectivos y, por otra parte, que tratándose de acceso al empleo público como contratado laboral, según el III Convenio el «ingreso libre» es una modalidad de «provisión de vacantes». Hay que entender, por tanto, que al aplicarse el artículo 57 de la Ley orgánica 3/2007 a «los concursos para la provisión de puestos de trabajo» en la Administración General del Estado, tal precepto es aplicable también al ingreso o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo en el sector privado es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa. En definitiva, declara la sala que el artículo 57 de la Ley orgánica 3/2007 es aplicable en las pruebas de ingreso por acceso libre como personal laboral fijo en la Administración General del Estado, luego cabe valorar el tiempo de excedencia para cuidado de un hijo y computar como trabajo ese tiempo a efectos del mérito consistente en la experiencia laboral. El artículo 57 tiene efecto directo en el ámbito de acceso a la condición de contratado laboral en la Administración General del Estado, sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria, al igual que sucede en el ámbito funcional, lo que impone que se valore el tiempo en excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo como trabajo efectivo.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre de 2022, rec. núm. 6188/2020)

TS. Limpiadoras. La rotura del manguito rotador del hombro es enfermedad profesional

Calificación de la IT: común o profesional. Limpiadora que sufre la rotura del manguito rotador del hombro izquierdo. Profesión que no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional.

El elenco de actividades profesionales que el Real Decreto 1299/2006 enumera en relación con cada una de las enfermedades profesionales que describe no es de carácter cerrado, sino indicativo, y admite su extensión a otros oficios diferentes. Ciertamente la profesión de limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional «como son pintores, escayolistas o montadores de estructuras», pero ello no excluye, en modo alguno, que la rotura de manguito rotador de hombro izquierdo, asociado a las tareas que componen las propias de una limpiadora, pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como, en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades. Lo trascendente es que los trabajos se realicen con los codos en posición elevada (como ocurre cuando se procede a la limpieza de techos o paredes) o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión (tareas de fregado, desempolvado, barrido o pulido). Procede aplicar la perspectiva de género en el enjuiciamiento del asunto examinado, ya que la profesión de limpiadora se encuentra fuertemente feminizada y no aparece contemplada en el Real Decreto 1299/2006 como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, especialmente movimientos repetitivos. En el cuadro de enfermedades profesionales que aparece en el apartado 2, letra D del Real Decreto 1299/2006 —«Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas»— aparecen profesiones masculinizadas como pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles, etc. Otras en que la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada como carniceros y pescaderos, pero no otras muy feminizadas, como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas. Por todo ello cabe estimar





que la no inclusión en el citado Real Decreto de la profesión de limpiadora en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectadas por una enfermedad profesional supone una discriminación indirecta.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2022, rec. núm. 3353/2019)

TS. Procede incrementar la prestación de orfandad de una joven huérfana de madre cuyo padre, vivo, ha sido privado de la patria potestad por desatender sus necesidades

Incremento del porcentaje de la prestación de orfandad. Beneficiaria, huérfana de madre, cuyo padre, que ha sido privado de la patria potestad por no haberse interesado ni cubierto las necesidades de la hija desde hace aproximadamente 9 años, no percibe pensión de viudedad. Solicitud de equiparación a la orfandad absoluta.

El artículo 38.2 del Reglamento de prestaciones de la Seguridad Social contempla, junto a la orfandad absoluta, la existencia de circunstancias análogas que no son sino situaciones distintas de la orfandad absoluta que provocan un estado de necesidad asimilable. Aunque es cierto que la norma establece únicamente dos circunstancias análogas: la situación del huérfano cuyo otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y, por tanto, no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido, no resulta difícil llegar a la conclusión de que la existencia de un progenitor vivo que ha sido privado de la patria potestad del huérfano por sentencia firme en razón de la prolongada desatención a las necesidades del hijo, puede constituir una situación o circunstancia análoga a las previstas en el precepto que nos ocupa, pues al hecho de que no hay quien perciba la pensión de viudedad cuyo acrecimiento se pretende, se une un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre. Por tanto, la privación de la patria potestad al progenitor no causante de la pensión de orfandad por incumplimiento manifiesto de sus obligaciones con la hija, no estando prevista expresamente en la norma, guarda una absoluta identidad de razón con las dos causas mencionadas, en las que literalmente no concurre la orfandad absoluta, por lo que cabe aplicar a dicha situación que ahora contemplamos la asimilación al supuesto de orfandad absoluta que el aludido artículo 38.2 establece. Esta interpretación está avalada por las previsiones del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España, que defiende que debe atenderse el interés superior del niño, y del artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que señala que «en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial».

(STS, Sala de lo Social, de 7 de septiembre de 2022, rec. núm. 475/2019)

TS. Renta activa de inserción. El Tribunal Supremo recuerda que la incomparecencia ante la oficina de prestaciones del SPEE, para un control de presencia, no comporta la baja definitiva en el programa

RAI. No comparecencia del beneficiario, previo requerimiento, ante la oficina de prestaciones del SPEE para un control de presencia. Efectos.

Aunque la RAI tenga un carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial de la prestación por desempleo, y se trate de una ayuda específica, no por ello pierde su naturaleza de prestación que forma parte de la acción





protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social. Es la misma LGSS la que, de una parte, establece el régimen de obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo y, de otra, en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, por el incumplimiento de dichas obligaciones, se remite a la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), norma en la cual se determinan tanto los sujetos responsables de la infracción como las infracciones en materia de Seguridad Social, tipificando las infracciones y estableciendo el pertinente cuadro de sanciones. Por tanto, es este bloque de legalidad –LGSS y LISOS– el aplicable, y cuya regulación debe prevalecer sobre el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, pues así lo impone el principio de legalidad en cuanto a la potestad sancionadora de la Administración, cuyo alcance viene definido en términos absolutamente precisos por los artículos 25 y 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. En consecuencia, la obligación incumplida por el beneficiario de la RAI de no comparecer, previo requerimiento, ante la oficina de prestaciones del SPEE, para un control de presencia, no puede comportar la baja definitiva del programa (art. 9.1 b) RD 1369/2006) y, por ende, la pérdida de la prestación, sino que conlleva, como falta leve que es, la exclusión de su percibo durante 1 mes (arts. 24.3 a) y 47.1 a) de la LISOS).

(STS, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2022, rec. núm. 1267/2019)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

AN. Días de asuntos propios regulados en convenio. Salvo pacto en contrario, la empresa no puede establecer su disfrute en proporción al tiempo en que la relación laboral esté suspendida por IT

Días de asuntos propios. Efectos que sobre ellos produce la suspensión del contrato por incapacidad temporal (IT). Convenio colectivo que no prevé su disfrute proporcional para caso distinto del de aquellos trabajadores que se incorporen a la empresa a lo largo del año.

Los días de asuntos propios que puedan pactarse en convenio colectivo tienen por finalidad facilitar a los trabajadores, que tienen ocupado todos los días laborables con la jornada de trabajo, tiempo para gestiones personales que no puedan efectuarse durante el descanso semanal. Por otro lado, del artículo 169 de la LGSS se deduce que la situación de IT es aquella en la que se encuentra un trabajador a raíz de un accidente o enfermedad que recibe tratamiento médico de la Seguridad Social y que le impide la realización de trabajo. Y resulta evidente que, en muchos casos, la situación impeditiva para el trabajo que implica la IT resulta igualmente impeditiva para realizar las gestiones que se tienden a facilitar con la licencia por asuntos propios, de ahí que se considere que el reconocimiento del disfrute proporcional que hace la empresa a los trabajadores que han causado baja por IT resulte contraria a la finalidad de la licencia. El hecho de que el convenio disponga su disfrute en proporción al tiempo de servicio transcurrido entre la fecha de ingreso en la empresa y el 31 de diciembre del mismo año no implica que deba aplicarse a los trabajadores que estaban de alta en la compañía el día 1 de enero de cada año y durante el mismo causen baja por IT, ya que una vez que cursan el alta no ingresan en la empresa, sino que se reincorporan a la prestación de servicios. En cualquier caso, no cabe identificar estar al servicio de la empresa con prestar servicios efectivos para la empresa, pues esta última obligación no existe durante los periodos de IT en los que se encuentra suspendido el contrato de trabajo y cesa la obligación de retribuir. Esta sala ya ha señalado que los trabajadores que vean suspendido su contrato por causa de un ERTE tienen derecho al disfrute del permiso por asuntos propios en la misma extensión que la que les correspondería en el caso de haber





existido una efectiva prestación de servicios, razonamientos estos que son perfectamente extensibles a otros supuestos de suspensión contractual como es la IT.

(SAN, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2022, núm. 118/2022)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

TSJ. En conciliación cabe la adaptación de jornada las veces que sean necesarias, pero ello requiere un cambio de circunstancias que justifique objetivamente el nuevo régimen

Conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Perspectiva de género y de infancia. Reducción y reordenación del tiempo de trabajo. Peticiones de cambio sucesivas, pero sin alteraciones en las circunstancias personales o familiares. Trabajadora con jornada adaptada que con el devenir del tiempo considera que erró en su propuesta inicial porque con ella no logró la satisfacción de sus necesidades. Inicial reducción de jornada reconocida en previa sentencia firme de 9:00 a 15:00 horas. Menor escolarizada, hija de unos progenitores que prestan servicios en la misma empresa, prestación que comprende el trabajo en festivos cuando no coincida con libranza. Exigencia de nuevas circunstancias que motiven no trabajar festivos que coincidieran con su jornada.

El derecho reconocido en el artículo 34.8 del ET es un auténtico derecho de conciliación condicionado a la razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación solicitada y atendidas las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Si bien la consideración superior del derecho de la persona trabajadora frente a los intereses empresariales es el criterio judicial más invocado, ello no excusa el agotamiento de la diligencia exigible a quien pretende configurar su tiempo de trabajo frente, en contra o a pesar de las facultades organizativas de la entidad empresarial. Esa diligencia, inherente al concepto de buena fe, se correspondería con el suministro de cuanta información personal resulte de interés para la identificación del derecho, la graduación de su preferencia y su reconocimiento y efectividad frente a la organización empresarial. Y atendida tal diligencia, si la denegación empresarial no se funda en una causa organizativa reforzada, hemos de entender que el artículo 34.8 del ET prioriza la posición del titular del derecho de conciliación a la adaptación razonable. Información que se ha de extender no solo a las circunstancias personales o familiares de la persona solicitante, sino también a las del otro progenitor. Entiende la sala que la exigencia alegatoria y probatoria debe ser la misma que en los casos en que la nueva adaptación se interese por un cambio de circunstancias, es decir, ha de contemplar la situación existente en el momento de la solicitud, esta es la que impide conciliar y es la que debe constituir la base de la propuesta. La adaptación de jornada no agota el derecho, que puede ser ejercitado las veces que sean necesarias para lograr el propósito hasta que el hijo alcance los 12 años, pero el responsable ejercicio del derecho pasa por asumir sus consecuencias, por lo que cualquier petición en tal sentido exigirá motivar la necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de efectuarla. La petición –propuesta y motivación– de adaptación determina la apertura de un proceso negociador y en función del resultado del mismo el eventual ejercicio de acción en reconocimiento del derecho. En el caso, desde la efectividad del inicial reconocimiento (2019), la coincidencia en festivos ha sido mínima: dos en la anualidad 2020 y ninguna en 2021. Por lo tanto, ante la concurrencia de una situación idéntica a la que motivó el reconocimiento de la inicial concreción horaria, no es posible afirmar una visibilización ulterior de unas necesidades que, preexistiendo, se materializaron en sus efectos con posterioridad al inicial reconocimiento de la efectiva medida implantada, ni nuevas circunstancias familiares que pudieran justificar





objetivamente la mutación en el régimen de prestación. En el presente supuesto no existe motivación alguna distinta, ni alteración de la necesidad, siendo idénticas las circunstancias familiares, habiéndose sustraído de nuestro conocimiento el por qué la medida de conciliación adoptada judicialmente y que colmó las exigencias de la trabajadora ha dejado de cumplir tal objetivo, especialmente cuando ha resultado evidenciado que la necesidad ahora invocada no solo ya concurría con anterioridad al inicial reconocimiento, sino que carecería de la entidad suficiente para alterar de nuevo el régimen de prestación. Ni la perspectiva de género resulta aplicable en todo caso, so riesgo de banalizar el recurso, ni transforma, por extensión, la naturaleza limitada de un derecho al margen de lo previsto expresamente por el legislador.

Voto particular. Perspectiva de género e infancia en el enjuiciamiento. La exigencia de probanza de un cambio de circunstancias familiares solo es razonable cuando puede verse afectado el instituto de la cosa juzgada o concurre mala fe por la parte actora que, en este caso, no se alega. En el caso, ni se ha alegado ni concurre cosa juzgada, pues en el procedimiento anterior (2019) nada se decía respecto al trabajo en días festivos anuales.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2022, rec. núm. 759/2022)

TSJ. Es accidente *in itinere* el que se produce cuando el trabajador, en el portal de su vivienda unifamiliar, resbala en los escalones de salida lastimándose, y ello aunque se encuentre dentro de su parcela sin haber salido al exterior

Accidente *in itinere*. Caída que se produce en las escaleras del portal de vivienda unifamiliar cuando el trabajador todavía no ha abandonado la finca ni salido al exterior.

En el caso analizado, el actor comenzaba su jornada de trabajo a las 8 de la mañana, sufriendo la caída sobre las 7:30. Dicho accidente se produjo cuando se disponía a salir al trabajo por el portal de su vivienda, momento en el que resbaló en los escalones de salida y cayó al suelo, estando todavía dentro de su finca sin haber salido al exterior. En este contexto se entiende que el actor ya ha iniciado el trayecto para dirigirse al trabajo, por lo que concurren tanto el elemento temporal como topográfico, pues la mencionada hora en que sucede el accidente permite entender que se dirigía al lugar de prestación de servicios y que el siniestro se produjo de camino a él, aunque lo fuese en el interior de su parcela individual y no en el exterior de la misma. Lo relevante es que había abandonado la vivienda, lo que lleva a estimar que nos encontremos ante un accidente de trabajo *in itinere*.

(STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2022, rec. núm. 555/2021)

TSJ. Enfermedad profesional. Síndrome del túnel carpiano. El trabajo de cajera de supermercado no requiere de posturas forzadas ni tampoco apoyo prolongado y repetido que provoque la compresión de los nervios de la muñeca

Calificación de la IT: común o profesional. Síndrome del túnel carpiano padecido por cajera de supermercado.

Las tareas de la profesión habitual de cajera son escanear, pesar y registrar los productos puestos a la venta, envolverlos o colocarlos en las bolsas, cobrar y verificar los pagos en metálico o en efectivo, devolver el cambio si procede, así como contar y registrar el dinero recibido y cuadrarlo con los datos de la caja registradora. Estas tareas comportan el uso reiterativo de ambas extremidades superiores, en especial la derecha, al ser la trabajadora diestra, pero no la realización de posturas forzadas, como tampoco de apoyo prolongado y repetido que provoque la compresión de





los nervios de la muñeca. No hay que olvidar que el Real Decreto 1299/2006, norma que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales, establece que el apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión, así como los movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión de la mano, se dan en actividades como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros y cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores y pintores, pero no en la profesión de cajera de supermercado. Se establece, por tanto, que la baja litigiosa es debida a contingencia común.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2022, rec. núm. 118/2022)

TSJ. Es ilícito que las mutuas proporcionen a los detectives datos médicos de los trabajadores que son investigados

Incapacidad permanente total para la profesión habitual. Trabajadora, de profesión camarera, que presenta rotura del manguito rotador derecho. Validez de la prueba de detectives aportada por la mutua (donde se acredita que no se encuentra imposibilitada para el desempeño de su actividad), al haber facilitado a la empresa que investigó y elaboró el informe datos concretos del expediente médico de la actora. Presunta vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

En el caso analizado, existe un interés claro de la mutua demandada en recabar los servicios de detectives privados, desde el momento en que concurre una evidente discrepancia entre los hallazgos exploratorios y la documentación médica existente sobre la funcionalidad de la articulación superior derecha de la actora (persona investigada). Ahora bien, aunque el artículo 48 de la Ley 5/2014 (seguridad privada) impone la acreditación por el solicitante de los servicios detectivescos de un interés legítimo y que los servicios de investigación privada se ejecuten con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, no se deriva de esta previsión legal una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre la mutua y la agencia de investigación. Hubiese sido suficiente con recabar una investigación sobre las actividades diarias y la funcionalidad del hombro o brazo derecho, sin necesidad de aportar el concreto diagnóstico y los demás datos médicos remitidos relativos a las limitaciones funcionales de la articulación. No hay, por tanto, la necesidad ni la proporcionalidad exigida constitucionalmente. Estamos, por tanto, ante una prueba ilícita que no debió admitirse por la sentencia recurrida, ya que el órgano judicial no puede fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales y libertades públicas. Cuando así ocurre, no es posible resolver el debate planteado, dado que la supresión de la prueba controvertida ocasionaría indefensión a la mutua. Procede, por ello, la reposición de los autos al momento de cometerse la infracción del procedimiento que haya producido la indefensión, así como la declaración de la nulidad de las actuaciones, lo que obliga al juzgador de instancia a volver a pronunciarse sin tener en cuenta la prueba nula.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2022, rec. núm. 534/2022)

TSJ. Para el TSJ del País Vasco la nulidad de una prueba implica la nulidad del despido por quedar viciado todo el proceso, aun existiendo otras pruebas legítimas

Despido disciplinario. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Medios de prueba. Prueba videográfica. Pretendida ilegitimidad de la prueba videográfica visionada por el juzgador, entendiendo





que esa ilegitimidad produce el efecto de anular el propio despido (teoría del fruto envenenado). Existencia de otras pruebas legítimas (grabación de audio y testificales). Incidente ocurrido en el centro de trabajo, establecimiento de hostelería, donde el trabajador profirió insultos al empresario de forma repetida, con una intensidad, tono y expresiones tales que todas las personas presentes en el bar se enteraron de los términos de la discusión. Realización de una grabación por un cliente del bar, la cual posteriormente fue cedida al empresario para su utilización en el proceso de despido.

El Tribunal Constitucional considera que tanto la opción que asume la teoría de que con la prueba ilegítimamente obtenida queda viciado todo el proceso, como aquella otra que considera lo contrario, son legítimas y como quiera que este tribunal o sala se ha inclinado por la primera de las dos opciones en varias ocasiones, hemos de valorar la legalidad o no de aquella prueba. Si se considera ilegítima, el despido debiera ser calificado como nulo. La sala considera que no es que el cliente se inmiscuyera en una conversación personal del trabajador con el administrador, sino que el elevado tono de voz empleado y la propia condición insultante y grosera de las expresiones utilizadas hacen ver que fue el trabajador quien impuso que las personas que estaban en el local oyese sus manifestaciones, siendo de tal entidad y calado que determinó que unos clientes que estaban en la terraza del local llamasen a los agentes de la autoridad, aparte de que expresamente exteriorizó su voluntad de que quería que sus expresiones fuesen oídas por quienes estuviesen en el local. No se trata, pues, de un supuesto en el que ese cliente se entrometiera en una conversación privada entre trabajador y empresario (por muy duras que fuesen las expresiones, sería una conversación privada en la que ni el empresario ni el trabajador hubieran invitado a nadie a oír la misma), sino que fue el propio trabajador el que rompió la condición reservada de esa conversación, haciéndola pública, pues, con su tono elevado de voz, produjo que los demás tuviesen que oír los avatares de ese incidente, que debió resultar incómodo o molesto para quienes lo presenciaban. De hecho, se alcanzó un nivel de agresividad tal que determinó el llamamiento y la intervención de los agentes de la autoridad. Por tanto, fue decisión del propio recurrente lo que determinó que otros oyese esa conversación y, dada su condición de contenido público, la grabasen, dadas las propias notas intimidatorias y amenazantes que reflejaban. En el caso, al no ser la prueba ilegítima, no acarrea la nulidad del despido, confirmándose la procedencia acordada en la instancia. **Voto particular.** Careciéndose de consentimiento expreso por parte del trabajador, la prueba que se cuestiona invade la esfera particular e individual del afectado, implicando que no pueda valorarse esa prueba, y, siendo que la misma cercena un derecho fundamental, es nula. Para la sentencia mayoritaria, y desde la proyección de la teoría del fruto envenenado, si se hubiese declarado la ilegalidad de la prueba de grabación, la consecuencia hubiese sido la nulidad del despido. Como al entender del voto disidente la prueba ha sido ilegal, asume la consecuencia de la nulidad. El despido debía declararse nulo.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2022, rec. núm. 395/2022)