



CIRCULAR LABORAL 1/2023

2 de enero de 2023

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ENERO 2023.**

---

### **1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA.**

**El TJUE aborda el alcance de la obligación de garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por ETT.**

Solo puede fijarse la retribución de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en una cuantía inferior a la que exigiría el principio de igualdad de trato cuando compensen este trato menos favorable mediante la concesión de una ventaja proporcional.

La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, no exige, mediante su referencia al concepto de “*protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*”, tener en cuenta un nivel de protección propio para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que exceda del establecido, para los trabajadores en general, pero lo que no admite es que mediante un convenio colectivo se introduzcan diferencias de trato en materia de condiciones esenciales de trabajo y de empleo en perjuicio de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

Los Estados solo pueden fijar la retribución de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en una cuantía inferior a la que exigiría el principio de igualdad de trato cuando compensen este trato menos favorable mediante la concesión de una ventaja que esté relacionada con la misma condición esencial de trabajo y empleo que es la remuneración; y en particular, y en relación a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que

solo dispongan de un contrato de duración determinada, debe concedérseles una ventaja compensatoria sustancial al menos a nivel equivalente al concedido a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal vinculados con un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Aborda también el TJUE el alcance de la obligación de garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y señala que debe apreciarse de manera concreta, comparando, para un determinado puesto, las condiciones esenciales de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria con las aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, para de ese modo poder determinar si las ventajas compensatorias concedidas en relación con dichas condiciones esenciales permiten contrarrestar los efectos de la diferencia de trato sufrida.

Explica la sentencia como hacerlo. En una primera fase, las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que corresponderían al trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal si hubiese sido contratado directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto; en una segunda fase, deben compararse estas condiciones esenciales de trabajo y de empleo con las que resultan del convenio colectivo al que está sujeto efectivamente el trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal; y en la tercera fase, es cuando se debe garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, valorando si las ventajas compensatorias concedidas permiten neutralizar la diferencia de trato sufrida.

Ahora bien, esta obligación de garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal no exige que el trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal esté vinculado a la misma por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Y puntualiza también el TJUE que el legislador nacional no está obligado a establecer las condiciones y los criterios encaminados a garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal cuando el Estado conceda a los interlocutores sociales la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que autoricen diferencias de trato en materia de condiciones esenciales de trabajo y de empleo en detrimento de dichos trabajadores, porque será entonces los interlocutores quienes asuman la obligación, y en este caso, el Convenio queda sujetos a un control jurisdiccional efectivo con el fin de comprobar si los interlocutores sociales cumplen su obligación de garantizar la protección global de estos trabajadores.

**Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 15 Dic. 2022, C-311/2021.**

## 2. TRIBUNAL SUPREMO.

**Despido nulo: no siempre es necesario haber interpuesto una reclamación judicial previa para su estimación por garantía de indemnidad.**

Empleado que “*hoy*” reclama internamente el abono de una serie de horas extraordinarias y, literalmente, al día siguiente es despedido con una carta de despido disciplinario genérica y carente de causa cierta.

El Alto Tribunal desarrollando de forma profusa la doctrina jurisprudencial existente al respecto determina que la garantía de indemnidad es un instrumento jurídico cuya finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que ha desplegado su virtualidad en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 de la Constitución.

Su función consiste en permitir que el trabajador ejercite sus derechos frente al empresario sin el riesgo de recibir de éste una reacción de represalia.

Es cierto, razona el TS que, como regla general, las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad. Ahora bien, si un trabajador efectúa una reclamación interna e inmediatamente después es despedido, sin que la empresa acredite la existencia de incumplimientos que justifiquen la extinción contractual, debemos concluir que la imposibilidad de formular la reclamación judicial con anterioridad al despido es imputable únicamente al empresario. Por tanto, en ese concreto contexto temporal, opera como un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad que obliga al empleador a acreditar que el despido ha sido ajeno a la violación del derecho fundamental recogido en el art. 24 de la Constitución.

Al no haberlo hecho, debemos concluir que el despido enjuiciado vulneró la garantía de indemnidad del demandante, por lo que debe declararse nulo.

La tesis contraria, concluye el TS, incentivaría que, ante cualquier reclamación interna en el seno de la empresa, el empleador procediera a despedir inmediatamente al trabajador, antes de que éste pudiera ejercitar la reclamación judicial, con la finalidad de evitar la declaración de nulidad del despido.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 15 de noviembre de 2022.**

### 3. TRIBUNAL SUPREMO.

#### **Elecciones sindicales: computo de los trabajadores temporales a efectos de determinar el número de representantes a elegir.**

Cuando el art. 72.2 b) ET se refiere al cómputo de las jornadas trabajadas por los trabajadores temporales durante el año anterior a la convocatoria de elecciones, ha de entenderse que comprende a todos los empleados que han estado contratados temporalmente durante el último año a contar desde el preaviso electoral hacia atrás, con independencia de que en la actualidad tengan contrato en vigor o no. Por tanto, se computan como un trabajador más por cada doscientos días trabajados o fracción.

La finalidad inicial del precepto, que en su redacción actual deriva de la modificación del ET operada por la Ley 32/1984, se explicitó claramente en su exposición de motivos en la que literalmente se señaló que "Respecto al Título II, las líneas fundamentales de la Ley suponen: La desaparición de la desigualdad entre el criterio de representatividad aplicable a trabajadores fijos y el aplicable a los trabajadores temporales". Indicando claramente que se "pretendía conseguir una mayor igualdad entre el criterio de representatividad aplicable a los trabajadores fijos y el aplicable a los trabajadores temporales. *Es evidente que una mayor igualdad en la consideración de ambos colectivos se alcanza si se tiene en cuenta el volumen total de trabajo temporal en el año anterior, sin excluir a los que hayan acabado su contrato.* Además, con ello la composición numérica del órgano de representación colectiva también reflejará más ajustadamente la realidad del colectivo que representa". Considerando esta finalidad, debe entenderse que lo que pretende el legislador con la regla de cómputo del art. 72.2. b) es conseguir un volumen de plantilla equilibrado y acorde con el número de trabajadores que realmente necesita la empresa, obteniendo una media ponderada de toda la contratación habida durante los doce meses previos a la convocatoria; esto es, computar todos los contratos temporales de duración inferior al año, *con independencia de que estén vigentes o no en el momento de la convocatoria electoral.* No existe impedimento alguno para mantener esta interpretación más amplia y generosa con los derechos de representación de los trabajadores.

En esa línea de considerar, a efectos de cómputo, a todos los trabajadores temporales que hubieran estado vinculados con la empresa durante un determinado período anterior se sitúa la Directiva 94/45/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que en su artículo 2.2. establece que "a efectos de la presente Directiva, la plantilla mínima de los trabajadores se fijará con arreglo a la media de trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculada con arreglo a las legislaciones y/o las prácticas nacionales".

La conclusión avanzada no queda desvirtuada por lo dispuesto en el artículo 9.4 del RD 1844/1994 por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa que ha incluido una limitación al cómputo de los trabajadores con contrato inferior al año al establecer que "se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicios en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral, a efectos de determinar el número de representantes", lo que significa que el reglamento ha desarrollado una interpretación realmente restrictiva del precepto legal, pues introduce una limitación en el cómputo de los trabajadores contratados por término de hasta un año, que la ley no prevé. Debe tenerse en cuenta que la fórmula de cómputo se establece en el artículo 72.2.b) y la norma reglamentaria establece una limitación a dicho cálculo. Y esta limitación reglamentaria permite considerar que implica un desarrollo ultra vires, pues, el artículo 9.4 del citado reglamento no se limita a aclarar el precepto legal o a desarrollarlo adecuadamente, sino que se excede en el desarrollo del precepto estatutario, al introducir una limitación no prevista legalmente, sobrepasando claramente, las facultades que el legislador otorga a la Administración. Además, la aplicación del precepto reglamentario contraviene la finalidad del art. 72.2 b) del ET, tal como ha sido expuesta, que tiene en cuenta el volumen global de contratación temporal de duración inferior al año que existe en la empresa. La norma reglamentaria se sitúa al margen de su función de ejecución y desarrollo técnico, contraviniendo así la norma legal.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 804/2022, de 15 de noviembre de 2022. Recurso nº 188/2019.**

#### **4. TRIBUNAL SUPREMO.**

**La mejora voluntaria del convenio para la IT no se aplica a las situaciones asimiladas a AT por Covid19.**

El Tribunal Supremo ha determinado que la mejora voluntaria contemplada en el convenio colectivo para casos de IT derivada de accidente de trabajo (AT) no es aplicable a las situaciones asimiladas a accidente de trabajo, por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia del COVID-19.

Concretamente y en este caso, los sindicatos interponen demanda de conflicto colectivo para solicitar que se declare el derecho de los trabajadores en situación de incapacidad laboral derivada de COVID 19 a percibir el complemento de la prestación de accidente laboral abonada por la Seguridad Social con el complemento previsto en convenio colectivo de aplicación, es decir, hasta alcanzar el 100% de los conceptos retributivos de salario de calificación, antigüedad, condiciones modificativas, plus de garantía retributiva, garantía art. 147, prima y 100% de los pluses que hubiera cobrado el trabajador de haber estado trabajando.

En los supuestos de aislamiento y contagio debidos al COVID-19 el INSS ha abonado el subsidio correspondiente a AT, pero la empresa no lo complementa conforme a su convenio colectivo como accidente laboral -complemento mayor- sino como enfermedad común -complemento menor -.

En desarrollo de su decisión, el TS establece que el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, contempla como situación asimilada a accidente de trabajo aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, señalando que dicha asimilación es exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social. Desde su primera redacción la norma ha advertido que la asimilación al accidente de trabajo era «exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social.

Las versiones vigentes tanto al momento de presentarse la demanda como de dictarse la sentencia recurrida (y en la actualidad) no han alterado esa restricción. Por tanto, de la literalidad de la norma equiparadora no puede desprenderse que la misma sea operativa para algo diverso de lo en ella indicado.

Si se pretende proyectar la asimilación al accidente de trabajo a otras figuras, debería basarse en argumentos diversos a los del tenor del RDL.

El complemento regulado en el Convenio Colectivo no es una prestación económica de incapacidad temporal, sino una mejora voluntaria de dicha prestación; su aplicación presupone que estemos ante un accidente de trabajo, no ante una situación análoga o asimilada.

Cuestión diferente, razona el TS, sería que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha producido por causa exclusiva de la realización del trabajo, en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo supuesto entraría en juego la previsión contenida en el precitado artículo 5.1 del RD Ley 6/2020, que dispone que en este caso la situación será calificada como accidente de trabajo.

Además, en el caso concreto enjuiciado hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucedía en el caso de nuestra STS 57/2022, el convenio colectivo aplicable en el presente caso fue suscrito (el 22 de junio de 2020) cuando ya estaba vigente el RDL 6/2020.

Por tanto, dados los restrictivos términos de su equiparación («exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social») no cabe pensar que la intención de quienes lo suscribieron fuera la que afirma el recurso. En todo caso, lo seguro es que el texto trasladado al convenio colectivo es inhábil para llegar a una solución diversa.



En definitiva, concluye el TS, consideramos acertada la doctrina acuñada por la Audiencia Nacional: la mejora voluntaria contemplada en el convenio colectivo para casos de IT derivada de accidente de trabajo no es aplicable a las situaciones de asimiladas a accidente de trabajo, por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia del COVID-19.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 15 de noviembre de 2022.**

## **5. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo.)**

**El exceso de indemnización acordada en convenio por cese de contrato debe incluirse en la base de cotización.**

A los efectos de despido o cese, sólo la indemnización legal resulta excluida de la base de la cotización y no queda afectada por la exención aquella indemnización que, superando la cuantía legal procedente, exceda de la fijada en aplicación de las reglas del Estatuto de los Trabajadores para el despido o cese.

La cuestión que se plantea al Supremo es determinar si la referencia a "*convenio, pacto o contrato*" que se recoge en el artículo 147.2 c) de la Ley General de la Seguridad Social, incluye a los convenios colectivos, y la respuesta debe ser afirmativa, con la consecuencia de que, salvo previsión legal expresa, procede incluir en la base de cotización de un trabajador el exceso de cuantía de la indemnización que percibe por finalización de un contrato temporal cuando esa mayor cuantía se establece en virtud de un convenio colectivo del sector.

La sola referencia genérica del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores a la "*normativa específica de aplicación*" no equivale a entender que contenga una habilitación legal a la indemnización establecida en el convenio colectivo sectorial a los efectos de su exención en la cotización; el art. 49.1.c) del ET no se remite a la indemnización convencional pactada en el convenio colectivo sectorial, en defecto de una normativa legal.

Mientras que el Estatuto de los Trabajadores contiene la previsión específica respecto a la indemnización procedente, esto es, la propia ley se remite al convenio sectorial -en el caso, el de la construcción-, para fijar la cantidad que corresponde como indemnización, en el caso, ni concurre ni se invoca una regulación legal singular específica en orden a la indemnización por finalización del contrato de trabajo, ni se advierte un reenvío legal expreso al convenio colectivo del sector en el que opera la empresa, por lo que la indemnización contemplada en el convenio colectivo no está exenta de cotización, al no estar en los supuestos exceptuados previstos en la ley.

Tampoco es relevante el dato de la obligatoriedad del convenio colectivo para la empresa, en la medida que es expresión del acuerdo libremente adoptado entre los representantes de los empresarios y de los trabajadores en virtud de su autonomía colectiva, de forma que la mayor indemnización para la empresa tiene su origen en un pacto o acuerdo vinculante entre las partes, pactadas al margen de la ley y las percepciones así estipuladas, superiores a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores se encuentran sujetas a la cotización de la Seguridad Social.

La Sala comparte la tesis del Letrado de la Seguridad Social que sostiene que cuando el apartado 2º del artículo 147 de la LGSS incluye expresamente el término "convenio", no existe duda de que se está refiriendo a los convenios colectivos, lo que unido al tenor del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, que regula la indemnización por la expiración del contrato, y que no hace referencia alguna a que el importe sea o no cotizable a la Seguridad Social, se llega a la conclusión de que la exención no alcanza al importe total de las indemnizaciones que pacten los negociadores del convenio colectivo, porque el reconocimiento legal del carácter vinculante de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios se produce en el ámbito laboral, nunca en las relaciones con la Seguridad Social.

La exención de la cotización sólo alcanza a la cuantía de la indemnización contemplada en el Estatuto de los Trabajadores para la terminación de los contratos de duración determinada por obras o servicio, y toda indemnización que supere esta previsión queda sujeta a cotización, aun cuando lo sea en virtud de convenio colectivo -concluye el Supremo-.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 1339/2022, 20 Oct. Rec. 5731/2020.**

## **6. AUDIENCIA NACIONAL.**

**Un contrato fijo-discontinuo no puede configurarse convencionalmente para dar respuesta a servicios sorpresivos. No cabe el llamamiento “a la carta.”**

A partir de la literalidad de la norma (arts. 15.2 y art. 16.1 ET) y la distinción general entre la naturaleza “previsible” (contrato fijo-discontinuo) e “imprevisible” (contrato por circunstancias de la producción), la Sala de lo Social de la Audiencia entiende que una disposición convencional que establece un plazo de llamamiento en el contrato fijo-discontinuo de 48 horas para situaciones “*sorpresivas*” es contrario a la naturaleza jurídica del citado contrato y por consiguiente debe ser calificada como ilícita.



Concretamente en la resolución que comentamos se viene a reconocer que constituyendo la previsibilidad/imprevisibilidad una nota diferenciadora esencial entre ambos tipos de contrato y siendo así que en el art. 22.1bis del convenio se regulan los contratos fijos discontinuos (los temporales por circunstancias de la producción se regulan en el art. 22.2), dicha norma convencional, cuando fija unos tiempos para el llamamiento inferiores a 48 horas para los que denomina servicios sorpresivos y que define como aquellos en que es imposible llamar al trabajador cumpliendo ese plazo, está admitiendo que los contratos fijos discontinuos se apliquen para la cobertura de incrementos imprevisibles de la actividad y con ello adultera la adecuada aplicación de las normas legales, arts. 15 y 16 ET, máxime si tenemos en consideración que la voluntad del actual legislador es apostar por los contratos de trabajo indefinidos (entre ellos los fijos discontinuos) en detrimento de los temporales.

En consecuencia, la indicación convencional de que el contrato fijo discontinuo pueda emplearse para servicios sorpresivos es contraria a los arts. 15 y 16 ET y de ello deriva la consiguiente nulidad de las previsiones previstas en el convenio para atender los llamamientos del empresario con preaviso temporal inferior al plazo de 48 horas mínimo establecido con carácter general en dicha norma convencional.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 5 de diciembre de 2022. Recurso nº 287/2022.**

## 7. AUDIENCIA NACIONAL

**Convenios colectivos de ámbito inferior (centro de trabajo). En ningún caso pueden empeorar las condiciones fijadas en el convenio sectorial.**

El artículo 84.2 del ET tanto en su redacción posterior al RDL 3/2012, como en la vigente dada al mismo por el RDL 32/2021 otorga una prioridad aplicativa en determinadas materias al convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación sea la empresa, pero dicha prioridad aplicativa no puede hacerse extensiva a cualquier otro convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación sea inferior, como es el de centro de trabajo.

En cualquier caso, la actual redacción del artículo 84.2 del ET ha privado de cualquier prioridad aplicativa en materia de remuneración al convenio de empresa. Partiendo de estas precisiones debe concluirse que, en materia retributiva, los convenios colectivos de ámbito inferior al de empresa, tanto bajo el marco legislativo anterior en ausencia de convenio de empresa, como con arreglo al vigente, únicamente pueden mejorar las condiciones respecto de las fijadas en el convenio sectorial, que actúa como un mínimo de derecho necesario.

En el caso analizado, la compañía no ha negociado en ningún momento convenio de ámbito empresarial alguno, tan solo cuatro convenios colectivos de ámbito inferior, habiendo reconocido en prueba de interrogatorio el representante legal de la empresa que al personal

que presta servicios en provincias diferentes de las que tienen convenio propio se les aplica el sectorial. Ello implica que la empresa debió respetar tanto en el momento anterior como en el presente las condiciones salariales previstas en el convenio sectorial. El hecho de que representantes unitarios elegidos por listas de UGT suscribiesen las tablas del Convenio de Murcia y Valencia el 21 de febrero de 2022, en modo alguno implica que el sindicato al promover la demanda esté yendo contra sus propios actos, toda vez que dichos representantes unitarios ni son órganos del sindicato en la empresa, ni están sujetos a mandato imperativo de este. Se establece la obligación empresarial de regularizar y abonar al colectivo afectado los atrasos por las diferencias producidas como consecuencia de la no aplicación desde el mes de julio de 2020 de las retribuciones contempladas en los sucesivos convenios colectivos estatales para las empresas de seguridad privada vigentes.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 142/2022, de 3 de noviembre de 2022. Rec. nº 248/2022.**

## **8. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.**

**¿Cuándo es necesario aumentar la indemnización por despido? A vueltas con el Convenio 158 de la OIT y la “indemnización disuasoria.”**

El TSJ de Cataluña entiende que en algunos casos la indemnización tasada por despido es exigua y no sirve para disuadir al empresario de despedir, pero no permite sin más, el incremento de la indemnización. Es preciso concretar y probar los daños sufridos por el trabajador con el despido.

Es cierto que la normativa actual tiene fisuras respecto a la cuestión de si la indemnización legal por despido resulta suficiente, no solo desde el punto de vista de tener efecto disuasorio, sino también porque en ocasiones no alcanza a compensar el total del daño, y ello podría resultar contrario al artículo 10 Convenio 158 OIT.

Ahora bien, esta posibilidad inusual de conceder una mayor cantidad a la legalmente tasada debe en todo caso adecuarse a límites objetivos, es decir, no puede dejarse al albur de cada juzgador para evitar subjetivismos e incertidumbre jurídica.

El Supremo sitúa la vía para poder conceder una mayor indemnización en el artículo 1106 CC - en relación al 1101 del mismo cuerpo legal-, que exigen que los daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial.

A priori en nuestra legislación laboral rige la indemnización tasada en el despido. Todo está baremado en función del salario y los años de prestación de servicios, con unos topes máximos. Ahora bien, también se admite una excepción y es cuando la decisión extintiva haya sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Pero, además, para el juzgador de este asunto -y esto lo más trascendente del fallo-, nuestro derecho laboral admite el incremento de los límites máximos del art. 56 ET. Porque el artículo 281.2 b) de la LRJS permite aumentar dichos límites hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Es cierto que esta medida está diseñada para la ejecución de sentencias firmes en materia de despido, pero a juicio de este tribunal *“... es un precepto aplicable por analogía en los supuestos analizados, al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior, por lo que mutatis mutandis dicho precepto podría resultar de aplicación en estos casos”*.

Pero que se pueda aplicar esta regla por analogía no implica que siempre que la indemnización sea exigua y el trabajador lo alegue, debe aumentarse la indemnización por despido. Solo si se prueban concretos daños y perjuicios, como podría ser a título de ejemplo la necesidad de desplazamiento, alquileres, daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado (entre los que no se encuentra que por falta de cotización suficiente no se pueda lucrar prestación por desempleo), se superaría el voluntarismo de equidad y se podrían conceder una indemnización mayor.

En el caso, el despido ha sido declarado improcedente por entender inhábil el pacto de periodo de prueba, y pretende la actora aumentar la indemnización de 1.130,14 euros (la que le corresponde por 33 días de salario por año de servicio) a 51.780 euros alegando, de forma general, la existencia de daños y perjuicios. Pero esta petición es denegada porque la trabajadora no prueba los daños adicionales que reclama.

**TSJ de Cataluña. Sentencia nº 4707/2022, de 16 de septiembre. Rec. nº 1959/2022.**

## **9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.**

### **Nulidad del despido por “edadismo” en una empresa TIC.**

La empresa notificó al trabajador su despido, por causas objetivas, basándose en la reestructuración organizativa que estaba realizando, derivado, según comunicaron, en un descenso de las ventas en el departamento donde prestaba servicios.

El hecho es que el actor contaba con 58 años, su departamento era de siete personas, y de ellas cinco contaban entre 32 y 41 años. Además, y según las cuentas de la empresa, las personas trabajadoras de edad superior a 50 años alcanzaban tan solo un 11 por ciento de la plantilla, siendo afectadas por el 34 por ciento de los despidos.

El Juzgado de lo Social encontró indicios suficientes para determinar la nulidad del despido, basado en la discriminación del trabajador por razón de edad. Fue condenada a la readmisión además de abonar salarios de tramitación y una indemnización de 20.000 euros por daños morales. La sentencia fue recurrida por la empresa.

En su recurso, Huawei insistió en que la entidad no discrimina por dicha razón, incluso aportando discursos de su presidente con afirmaciones como éstas: *“¿Si eres adecuado para este puesto, como vamos a reemplazarte?”* *“Si nuestra empresa habla siempre de juventud, esto es dogmatismo”*, o *“Los especialistas de servicio no tienen límites de edad”*. Sin embargo, el Tribunal no accede a una nueva redacción de los hechos probados. También es desestimada su pretensión de que el despido fuera declarado improcedente y no nulo. El juzgado valoró correctamente la existencia de vulneración de derechos fundamentales.

Parte de la base de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 66/2015, sobre el principio de igualdad y prohibición de discriminación, determinando que la edad, como factor de discriminación, es una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta de prohibición de discriminación incluidos en el artículo 14 CE . Añade, además, que esta interpretación se ve reforzada por el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

También señala que en este caso no nos encontramos con un trabajador afectado por un despido colectivo que pudiera justificar la edad como criterio de selección dada la mayor protección que tienen los trabajadores mayores de 55 años más próximos a la edad de jubilación; tampoco que el criterio de mayor edad se haya establecido dentro de un acuerdo colectivo.

Y es que sí se aprecian indicios suficientes sobre la violación del derecho fundamental a la igualdad: fue el único despedido de su departamento y fue sustituido por otro empleado más joven y perteneciente a otro proyecto; existía una estrategia empresarial de renovación generacional de la plantilla, sobre todo a ciertos niveles de responsabilidad, primándose la contratación de jóvenes recién salidos de la universidad; los empleados mayores de 50 años solo suponían un 11 por ciento de la plantilla, soportando el mayor porcentaje de ceses.

Por último, la Sala considera correcta la cuantificación de la indemnización por daños morales, por importe de 20.000 euros, teniendo en cuenta el uso del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS, y que ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional.

**TSJ Madrid. Sentencia nº 606/2022 de 20 de octubre de 2022. Recurso nº 326/2022.**

## 10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **Condenan a una empresa por brecha salarial sexista entre compañeros.**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid condena a una empresa a retribuir a una trabajadora con el mismo salario anual que su compañero de trabajo varón y a indemnizarla con 13.000 euros por los daños morales sufridos. La Sala entiende que la empleada se vio perjudicada, a raíz de pedir y disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de hijo.

La trabajadora disfrutaba de una reducción de jornada por guarda legal, y pese a ello, llevaba las mismas obras en cuanto a número y cuantía económica que su compañero. La demandante, ingeniera de caminos, canales y puertos, tenía en la empresa la categoría de Técnico Titulado Superior, mientras que el compañero ostentaba la categoría profesional de Técnico Grado Medio y menos antigüedad en la empresa. Pese a ello, el varón, además de percibir una mayor retribución, cobraba una gratificación extraordinaria que a ella se la suprimieron, sin que la distinta trayectoria profesional de uno y otro pudiera tener la relevancia pretendida al tener ella una carrera profesional en la empresa de 12 años en los que nunca se puso en duda su capacitación profesional.

A pesar de que la empresa alegó que las funciones y tareas que realizaban ambos trabajadores no eran las mismas, no pudo acreditar una justificación objetiva y razonable sobre la diferencia retributiva.

Sin embargo, la empleada si aportó indicios de discriminación retributiva. De hecho, fue cuando solicitó la reducción de jornada por guarda legal cuando dejó de recibir la gratificación extraordinaria. También pidió hace dos años una revisión de contrato dado que en doce años no había tenido ningún tipo de subida salarial.

Por todo ello, entiende la Sala que se trata de un supuesto de discriminación salarial respecto de su compañero de trabajo, que aun con encuadre en distinto grupo profesional, ostenta el mismo puesto de trabajo, percibiendo una retribución sensiblemente superior aparte de la gratificación extraordinaria. La única diferencia entre uno y otro es la reducción de jornada de la mujer.

La Sala enfoca la cuestión entendiendo que la trabajadora, pese a tener mayor titulación y antigüedad que su compañero varón, se ha visto perjudicada a nivel salarial, tras pedir y disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de hijo. Apreciaciones subjetivas de los testigos sobre la mayor capacitación profesional del compañero no es suficiente, a juicio de los magistrados, para acreditar la justificación de la diferencia retributiva entre ambos.

Por todo ello, el Tribunal condena a la empresa a retribuir a la trabajadora con el mismo salario que su compañero y a indemnizarla con 13.000 euros, al ser una suma próxima a las diferencias retributivas de dos años completos, dado que ella solicitó la revisión salarial en febrero de 2021.

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 1012/2022 de 16 Nov. 2022, Rec. 762/2022.**

## 11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.

### **Una alta resistencia al alcohol es prueba de habitualidad de la embriaguez en el trabajo.**

El Convenio colectivo aplicable dispone que se considera falta muy grave la embriaguez habitual o el consumo de alcohol durante la jornada laboral, y en el caso, se sancionó a una arquitecta técnica de un Ayuntamiento con la suspensión de empleo y sueldo de cuatro años.

La trabajadora acumulaba el mayor número de expedientes administrativos pendientes; eran frecuentes las quejas de los ciudadanos sobre el trabajo y el trato dispensado por ella; su conducta creaba malestar entre algunos de sus compañeros y aunque ella se defiende alegando que no se ha acreditado de forma fehaciente la habitualidad de la embriaguez, invocando una sentencia del Supremo de 1984 en la que se exige "*persistencia y continuidad*", olvida que la jurisprudencia relativiza, en determinados puestos de trabajo, el requisito de "*habitualidad*" en la embriaguez y señala que opera con mayor rigor en determinadas profesiones .

Además de contarse con datos objetivos, lo particular del caso es que el abuso de alcohol, -quedó probada la cantidad consumida en cada uno de los días de seguimiento realizado-, y la escasa afectación del estado general tras los consumos, revelan una alta tolerancia a un alto consumo de alcohol, de lo que puede presumirse el requisito de "*habitualidad*".

Es muy clarificadora la prueba de seguimiento en la que se comprueba que, en un solo día y en una franja horaria de 3 horas, llega a consumir hasta cinco copas de alcohol, en establecimientos cercanos a las dependencias municipales; consumo que se reitera en los demás días de seguimiento.

La Sala expresa que precisamente su apariencia de normalidad después del elevado consumo de alcohol es fruto de la tolerancia desarrollada a la veteranía en el consumo, de modo que concurre el requisito de "*habitualidad*" que no solo se deduce objetivamente de los días referidos sino también, indiciariamente de las conclusiones médicas por la alta tolerancia al consumo de alcohol.

Ello sin olvidar que presta servicios en una Administración pública donde debe atender a la ciudadanía que acude a la Oficina técnica, por lo que la embriaguez también afecta a la atención pública que debe dar un Ayuntamiento.

Por todo ello, la Sala confirma la sanción de suspensión de empleo y sueldo durante 4 años y destaca que, dentro de las posibles sanciones a aplicar por la comisión de falta grave, se ha evitado la más radical de despido.

**TSJ Canarias. Sala de lo Social. Sentencia nº 665/2022, de 9 de junio. Rec. nº 1970/2021.**

## **12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.**

**El TSJ de Cataluña permite que una madre monoparental alargue su permiso de maternidad durante 32 semanas sumando los dos permisos que se darían a una familia biparental.**

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado que una madre monoparental puede disfrutar de la extensión del permiso de maternidad y equiparándolo al que se les daría a los dos miembros de la familia en caso de familia biparental. La sentencia desestima el recurso interpuesto por el INSS y mantiene el resultado emitido por el Juzgado de lo Social 2 de Mataró, que establecía que la demandante podría disfrutar de un permiso de 32 semanas equiparándose de este modo a las familias monoparentales a las biparentales.

La sentencia de la Sala hace un análisis de los diferentes artículos del Estatuto de los Trabajadores en tanto que: *"El artículo 48 del ET no contempla más que un modelo familiar, el clásico biparental, sin tomar en consideración la diversidad de estructuras familiares que han surgido en los últimos años (...) Este modelo familiar, como es evidente, afronta mayores dificultades que la familia nuclear biparental clásica, para la atención y cuidado de los hijos e hijas, y para compaginar la vida laboral y familiar, particularmente en el caso de las mujeres trabajadoras, que son la inmensa mayoría de las titulares de familias monoparentales".*

Considera la Sala que: *"la aplicación uniforme del artículo 48 del ET sin tomar en consideración las peculiaridades y necesidades específicas de las familias monoparentales supone introducir una diferencia de trato respecto de un colectivo que tiene mayores dificultades para conciliar vida laboral y familiar, sin que sea de apreciar justificación objetiva de ningún tipo; el artículo 48.4 del ET permite a las familias biparentales disfrutar de un período de suspensión contractual muy superior al que correspondería en caso de familia monoparental, dado que en el primer caso corresponden 16 semanas a cada uno de los progenitores, habida cuenta que, al margen de la previsión de disfrute simultáneo de las 6 primeras, el resto de períodos pueden disfrutarlo de forma sucesiva o en el modo que estimen más oportuno hasta que el menor cumpla doce meses, mientras que en el caso de familia monoparental, con un solo progenitor/a, el período de disfrute se limitaría a 16 semanas, a pesar de que las necesidades de atención y cuidado del menor son las mismas, tanto en calidad, como en intensidad, y las dificultades de conciliación de la familia monoparental muy superiores a las del modelo biparental clásico."*



El texto de la Sala también recoge que : *"Establecer la duración de la prestación en función del número de progenitores en lugar de atender de manera preferente al superior interés del menor, que aparece como único e inescindible cualquiera que sea la forma familiar, no solo supone desconocer los criterios interpretativos cuya aplicación postulamos, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, y para evitar tan perniciosos efectos y garantizar un trato igualitario, la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, esto es, 32 semanas, por cuanto las necesidades del menor son idénticas y no disminuyen en atención a la existencia de uno o más progenitores".*

**TSJ Cataluña. Sala de lo Social (Pleno). Sentencia nº 6389/2022, de 29 de noviembre. Rec. nº 1552/2022.)**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social.*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*

*Email: [ortegaf@ortega-condomines.com](mailto:ortegaf@ortega-condomines.com)*

*Persona de contacto: Jorge Barbat Soler*

*Email: [jbarbat@ortega-condomines.com](mailto:jbarbat@ortega-condomines.com)*

*Persona de contacto: Raül Sala Cuberta*

*Email: [rsala@ortega-condomines.com](mailto:rsala@ortega-condomines.com)*