



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de julio de 2022)

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

El tribunal pone en entredicho la normativa española sobre incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen de Seguridad Social

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Incapacidad permanente total. Discriminación indirecta por razón de sexo. Normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de Seguridad Social. Compatibilidad de tales pensiones cuando corresponden a distintos regímenes legales de Seguridad Social. Constatación de una discriminación indirecta sobre la base de datos estadísticos. Determinación de los grupos afectados que se han de comparar.

El mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación. Para ello, en primer lugar, es preciso tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, todos los trabajadores y trabajadoras que, en principio, tengan derecho a más de una pensión de incapacidad permanente total. En segundo lugar, entre el grupo de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras. Por último, estas proporciones deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y la proporción de trabajadoras afectados negativamente. Corresponde al tribunal remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias y apreciar, en su caso, si es significativa la eventual diferencia existente entre las proporciones de trabajadores y trabajadoras negativamente afectados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal, teniendo presente que una diferencia menos importante pero persistente y relativamente constante durante un largo periodo de tiempo entre los trabajadores y las trabajadoras podría también poner de manifiesto una apariencia de discriminación indirecta por razón de sexo. Si, al término de dicha apreciación, el tribunal remitente llegara a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, la referida normativa supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucedería si dicha normativa responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello. **Objetivo de preservar la viabilidad del sistema de Seguridad Social.** Las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos periodos cotizados. De lo anterior se deduce que, sin perjuicio de





que el tribunal remitente compruebe este extremo, la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado. El artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la Seguridad Social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de Seguridad Social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de Seguridad Social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

(STJUE, Sala Segunda, de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –GUÍA–

El Tribunal Constitucional realiza un gran esfuerzo argumental para conceptualizar la identidad de género y sus manifestaciones en el marco de las discriminaciones y el derecho a la imagen

Discriminación laboral por razón de identidad de género. Supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen. Pretendida situación indiciaria de vulneración de derechos fundamentales. Inversión de la carga de la prueba. Ausencia de indicio discriminatorio en la decisión empresarial de cesar la relación laboral en periodo de prueba. Inexistencia de límites a la expresión de género de los trabajadores de la empresa. Trabajador que acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda. Conflicto puntual en que se le pide que regrese a su domicilio a cambiarse la prenda que llevaba (falda o pantalón, no aclarado), por ser excesivamente corta. Cese de la prestación laboral a instancia de la empresa estando vigente el periodo de prueba, transcurridos 3 meses desde el incidente referido, y habiendo acudido al puesto de trabajo entretanto en diversas ocasiones con falda, sin que ello le haya supuesto ningún tipo de reconvención o represalia por parte de la empresa. Definición y construcción constitucional de los conceptos de sexo y género.

El sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas a las que se asocian determinadas características tales como (sin un carácter exhaustivo), primarias: genitales internos y externos, estructura hormonal y cromosómica; secundarias: masa muscular, distribución del vello o estatura. El género, aunque se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica sin embargo plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos. Ni una ni otra noción pueden ser definidas en sentido estricto como derechos, sino como condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. **Identificación conceptual de las expresiones orientación sexual e identidad de género.** También son condiciones personales la orientación sexual y la identidad de género, refiriéndose la primera a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, y la segunda a la identificación de una persona con caracteres definitorios del género, que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los





caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento. Pero además de ser condiciones personales, son elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar. Dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la noción de identidad de género, se acude, en esta resolución, a la expresión trans como denominación omnicomprensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre esta y el sexo de la persona. Esta denominación genérica engloba las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona. La persona recurrente en amparo es una persona trans, de modo que la discriminación que denuncia es una discriminación por razón de su identidad de género, circunstancia personal alegada para invocar la interdicción de discriminación y la demanda de trato igual. Más concretamente se trataría de una hipotética discriminación basada en su expresión de género, entendida esta (Directiva 2012/29/UE) como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética. La expresión de género se vincula, así, al derecho a la propia imagen. **Derecho a la propia imagen.** El derecho a la propia imagen, de este modo, también integra la facultad de definición de esa imagen, como una forma de expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad. La identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros heteronormativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el artículo 14 de la CE. La condición de persona trans, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la CE, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula cualquier otra condición o circunstancia personal o social a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Por tanto, como ha sucedido con el resto de los motivos expresamente prohibidos por el artículo 14 de la CE también debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género. La transposición de las Directivas 2006/54 y 2000/78 no ha supuesto la incorporación normativa del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de identidad de género, pero es posible ampliar el ámbito de protección de las directivas en ese sentido, habida cuenta de que se está en presencia de un derecho fundamental contenido en los artículos 21 de la CDFUE, 14 del CEDH y 14 de la CE. **Doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria.** La existencia de un indicio de prueba y su alegación es esencial para activar la inversión de las obligaciones probatorias. Y, en este caso, ese indicio existía desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales entre la persona recurrente en amparo y una de sus responsables directas, que ninguna de las dos partes negó, y que habría estado relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada. En la medida en que esa apariencia no solo es manifestación del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), sino que en este caso concreto se puede considerar una forma de expresión de género, vinculada al libre desarrollo de la personalidad en relación con la identidad de género de la persona recurrente en amparo, la alegación de ese altercado, por más que hubiera sido puntual, se podría haber considerado prueba indiciaria bastante para invertir la carga probatoria. No obstante, la empresa demandada ha rebatido los indicios racionales de discriminación por razón de identidad de género al no constar prohibiciones expresas en relación con la indumentaria, ni la adopción de un código de vestimenta a resultas del conflicto surgido con el trabajador, o con carácter previo. Y, tras las pruebas testificales se han admitido otras causas que podrían haber justificado el cese del contrato en periodo de prueba, como la reorganización interna o la falta de satisfacción de la contratante con la prestación de actividad laboral del trabajador. Tampoco parece existir una correlación temporal clara entre el indicio de conflicto –o el ejercicio del derecho fundamental por la parte recurrente– y la actuación empresarial. Se rechaza, por tanto, que hayan concurrido en este caso la lesión tanto del artículo 14 de la CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, como del derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE, en su vertiente del derecho a la expresión de género en condiciones de igualdad y sin posibilidad de sufrir discriminación por las causas contenidas en el artículo 14 de la CE.

(STC, Pleno, de 2 de junio de 2022, núm. 67/2022)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Es discriminatorio no formalizar el contrato de trabajo de una mujer embarazada a la que se le anula el llamamiento para cubrir una vacante temporal por ser dada de baja el día que debía incorporarse

Principio de igualdad y no discriminación. Denegación de nombramiento como personal estatutario. Trabajadora embarazada. Hospital de Cáceres. Anulación de llamamiento, que fue aceptado, pero no formalizado, ante la actualización de una incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriéndose su contratación al momento en que se causare alta si persistía la necesidad que lo motivó. Técnico especialista de radiodiagnóstico que formaba parte de la bolsa de trabajo del Servicio Extremeño de Salud para la selección temporal en esa categoría profesional, la cual se dio de baja el mismo día en el que iba a tomar posesión del puesto ofertado.

La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. No puede sostenerse en modo alguno que solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad). En suma, no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el artículo 14 de la CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial. No se ajusta al principio de igualdad la situación fáctica objeto del proceso, ya que no se realizó una interpretación y aplicación de las normas conforme a los principios del ordenamiento jurídico que proscriben el establecimiento de limitaciones por razón de sexo, debido a su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (arts. 10.1 y 14 CE), cuando los poderes públicos son, precisamente, los que deben promover no solo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva, impidiendo que la maternidad sitúe a la mujer en una situación de desventaja. No puede aceptarse que la Administración haya garantizado, con fórmulas tuitivas y flexibles, la no discriminación de la mujer en conexión con el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado. Se rechaza con ello que esa protección se logre con la aplicación de la Resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Trabajo de la Junta de Extremadura, dado que la medida alternativa prevista en ese pacto (que el nombramiento se haría efectivo al día inmediato siguiente en que dicha situación de incapacidad temporal finalizase, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permaneciera) nunca fue aplicada y, además, no permitía el logro de esa finalidad, puesto que, en realidad, es la que determina la no contratación por razón de embarazo ante la evidencia, reconocida por la Administración para no formalizar la contratación, de que por la situación de embarazo y maternidad no podría incorporarse a tiempo al puesto que debería desempeñar los meses de julio, agosto y septiembre de 2020.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de junio de 2022, rec. núm. 6021/2021)

El Tribunal Supremo recuerda que es improcedente el despido objetivo que se efectúa sin entregar a la representación legal de los trabajadores copia de la carta de cese

Despido objetivo por causas organizativas y productivas. Requisito formal de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores. Efectos del incumplimiento.





Hay un error en la redacción del artículo 53.1 c) del ET, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí misma una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1 c) del ET no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de dicho artículo; comunicación en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva y en la que normalmente deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación. Se exige, por ello, la entrega a la representación legal de los trabajadores de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador. En cualquier caso, aunque no existiera esa concreta precisión en el artículo 53.1 c), la comunicación requeriría la entrega de copia para poder cumplir las previsiones del artículo 64.6 del ET, es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, de las causas alegadas, en su caso, y del número de trabajadores afectados, finalidad que no se conseguiría mediante la mera presencia de un miembro del comité de empresa en el acto de entrega a los trabajadores de las cartas de despido y la suscripción de las mismas. Se declara la improcedencia del despido.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2022, rec. núm. 2894/2020)

Pensión de jubilación. Hecho causante desde una situación de no alta. Tiene lugar cuando se reúnen las condiciones para que pueda ser reconocida, pudiendo entonces ser reclamada en cualquier momento, aunque exista otro régimen jurídico diferente

Jubilación. Determinación de cuándo se produce el hecho causante desde una situación de no alta. Supuesto en el que la edad de 65 años se alcanza en julio de 2008 mientras que la pensión se solicita en julio de 2017.

La pensión se causa cuando el beneficiario reúne los requisitos o condiciones para que le pueda ser reconocido el derecho prestacional. Las situaciones de no alta no alteran el hecho causante, que es el momento en el que se reúnen los restantes requisitos. A partir de ello, el derecho resulta imprescriptible y, por ende, puede ser solicitado en cualquier momento, sin perjuicio de que los efectos económicos puedan verse modificados o alterados consecuencia de una solicitud tardía, reduciéndose a los 3 meses anteriores a la fecha en que se presente. Esto es, la pensión causada y los efectos de su reconocimiento no tienen por qué coincidir. Así lo expresa tanto la Orden de 18 de enero de 1967 como la LGSS para los supuestos de alta. La previsión recogida en el artículo 3 del Real Decreto 1647/1997, por la cual se considera como hecho causante de la pensión el día de la solicitud, lo que viene a fijar es el momento del reconocimiento de los efectos, en atención a que nos encontramos ante una prestación que no prescribe y que el beneficiario puede interesarla en cualquier momento a partir del cual pueda haberla causado. Las solicitudes de las prestaciones vienen vinculadas a la fecha de efectos de su reconocimiento, como momento objetivo a partir del cual se reclama de la Administración el derecho que pueda corresponder. Esa finalidad es la que se pretende dejar marcada en los supuestos en los que, no existiendo situación de alta o asimilada al alta, se pueden tener cubiertas las demás condiciones de acceso a la pensión a partir de un momento determinado, aunque su reconocimiento se ejercita en otro posterior. Por tanto, partiendo de que el derecho puede reclamarse en cualquier momento, desde el instante en que se reúnen las condiciones de acceso a la pensión ya se produce el hecho causante y, por ende, el derecho debe ser reconocido si así resulta acreditado, sin perjuicio de que los efectos económicos sean obtenidos en atención a la fecha de la solicitud. De otra forma, la imprescriptibilidad quedaría vacía de contenido en esos casos si se entendiera que es solo a partir de la propia solicitud cuando se produce el hecho causante y la pensión se reconoce. Si el demandante tenía derecho a la pensión en 2008, no es posible denegarla ahora cuando el derecho al reconocimiento no prescribe. En definitiva, lo que se está diciendo en estos casos es que desde el momento en que, conforme a una legislación, la pensión se causa, el derecho puede ser reclamado en cualquier momento, aunque esa petición lo sea cuando existe otro régimen jurídico diferente, no siendo este el que deba aplicarse porque la pensión ya se entiende causada, sin perjuicio de que sus efectos económicos se anuden a la solicitud.

(STS, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2022, rec. núm. 1133/2019)

Subsidio por desempleo para mayores de 52/55 años. Los periodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en consideración a efectos de carencia tanto de la pensión de jubilación (15 años) como del propio subsidio (6 años)

Subsidio por desempleo para mayores de 52/55 años. Cómputo de las cotizaciones ficticias por razón del parto (112 días) que contempla el artículo 235 de la LGSS para las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Incorporación de la perspectiva de género como cedazo interpretativo de nuestras normas.

La transversalidad del principio de igualdad y no discriminación exige asumir la interpretación normativa que resulte más acorde con la consecución de los fines queridos por el ordenamiento en tal sentido. No hay que olvidar que los periodos de cotización asimilados por parto constituyen una medida de acción positiva que se proyecta en el acceso a las prestaciones contributivas, por lo que cuando estas son lucradas por mujeres ha de controlarse dicho acceso asumiendo una interpretación flexible de sus requisitos. También hay que tener en cuenta que, pese a venir enmarcado entre las prestaciones por desempleo, son innegables las conexiones entre el subsidio para mayores de 55 (o 52) años y la pensión contributiva de jubilación. Dos bien evidentes, por cuanto ahora interesa, refieren a la edad de acceso y a su duración (a tenor del art. 277.3 LGSS, «hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación»). Es decir, el subsidio para mayores de 52/55 años se asimila más a una jubilación que a una situación transitoria, de ahí que no se considere subsistente la relación laboral, por más que la empresa asuma determinadas obligaciones. El reenvío a las normas sobre jubilación también queda de manifiesto en el artículo 274 de la LGSS, al condicionar el acceso al subsidio para mayores de 52 años al cumplimiento de todos los requisitos salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación. Por tanto, siendo obvio que el beneficio de cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación (art. 235 LGSS) y que ahora se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de la pensión cuando se postula el subsidio, resulta innegable que la cotización ficticia despliega efectos en materia de desempleo, máxime cuando la finalidad del precepto es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a abandonar el mercado laboral por causa de la maternidad. Este norte, que ha conducido a obviar la literalidad de alguna previsión cuando ello era necesario para alcanzar los fines perseguidos por el legislador y a armonizarlos con los generales en materia de no discriminación, debe ser tenido ahora en cuenta para estimar que las cotizaciones ficticias surten efectos para cumplir con las dos exigencias del artículo 274.4 de la LGSS: reunir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación y haber cotizado por desempleo al menos durante 6 años a lo largo de la vida laboral. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2022, rec. núm. 646/2021)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

Deben entregarse los boletines de cotización a los delegados sindicales sin previo requerimiento, sin demora y de forma completa. No cabe mutilar los datos relativos a retribuciones bajo el pretexto de que es necesario el consentimiento del titular

Derecho de información de la representación sindical. Delegados sindicales. Empresa que entrega los boletines de cotización de forma tardía, parcial y mutilando datos de los mismos (especialmente los referentes a la retribución, al estimar que se encuentran protegidos por la normativa de protección de datos).





Los delegados sindicales tienen derecho a acceder a la misma documentación e información que la empleadora ha de poner a disposición del comité de empresa. Esta entrega debe efectuarse en el tiempo y forma previstos en la norma sin necesidad de previo requerimiento alguno. No hay que olvidar que, aunque la comunicación de los datos relativos a la identidad y a la retribución de una persona física implica el tratamiento de datos de carácter personal, este puede ser lícito, aun cuando no medie consentimiento del interesado, siempre que sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero. En el caso analizado, se constata claramente la denunciada violación del derecho a la libertad sindical de los actores por las siguientes razones: a) no se hace entrega de la documentación relativa a la cotización de los trabajadores en el tiempo que marca el artículo 25.4 del Reglamento general de recaudación (mes siguiente a aquel en que proceda el ingreso de las cuotas), sino que se hace solo previo requerimiento, con demora, y en ocasiones de forma no completa; b) la información que se proporciona se hace de forma insuficiente, mutilando datos que, aun siendo de carácter personal de los trabajadores, resultan esenciales para que el delegado sindical realice las funciones de vigilancia y control por parte de la empresa de las normas en materia de Seguridad Social, tal y como preceptúa el artículo 64.6 del ET, resultando además esencial que se entregue de forma completa por cuanto que el delegado sindical, en cuanto que representante de la sección sindical (en el caso de CC. OO.), realiza funciones reconocidas en los artículos 7 y 28 de la CE en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores en su conjunto; c) la justificación que otorga la empresa, fundada en encuestas promovidas por la propia empleadora en virtud de las cuales los titulares de los datos se oponen al tratamiento de los mismos, no legitima la conducta patronal, pues cuando se trata de información que resulta necesaria para el desenvolvimiento de una función reconocida constitucionalmente como es la sindical y una norma legal exige que se transmita la información de forma que se pueda verificar por quien recibe la misma que la empresa está cumpliendo sus obligaciones en materia de Seguridad Social, es preciso que los boletines de cotización se entreguen sin omisión de dato alguno. Procede el abono de una indemnización por daño moral de 6.000 euros.

(SAN, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2022, núm. 98/2022)

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional carece de competencia para conocer de la impugnación por particulares de las bases de convocatoria de empleo público

Competencia del orden social de la jurisdicción. Impugnación por parte de un particular de unas bases de convocatoria de empleo público. Proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, como personal laboral fijo.

En el caso analizado estamos ante un acto de un ente público adoptado como entidad empleadora y no como poder ejercitando potestades administrativas, por lo que, a los efectos de determinar el órgano competente dentro del orden social de la jurisdicción, habría que acudir no al artículo 8.2 de la LRJS, que determinaría la competencia atendiendo al rango de la autoridad que dicta el acto, sino al artículo 8.1 de la indicada norma. Sería competencia de la Audiencia Nacional si la controversia, por afectar a intereses generales de un grupo homogéneo de trabajadores, pudiera encauzarse por la vía del conflicto colectivo, en cuyo caso el juego coordinado del artículo 8.1 en relación con el artículo 2 g) de la LRJS, conduciría a tal conclusión. Pero en este caso, quien formula la demanda es una trabajadora a título individual y, por tanto, su pretensión no encaja dentro del marco del conflicto colectivo, pues ni afectará a un grupo homogéneo de trabajadores ni individualmente estaría legitimada para acudir al cauce de la modalidad procesal de conflicto. Por tanto, la pretensión ejercitada por la demandante de forma individual solo encuentra encaje en el procedimiento ordinario y no en ninguno de los procesos referidos en el artículo 8.1 de la LRJS, siendo los juzgados de lo social los competentes para conocer de la demanda interpuesta.

(SAN, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2022, núm. 90/2022)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Discriminación salarial por razón de sexo. Cuando tiene su origen en una práctica ilícita del empleador no cabe estimar el derecho a la igualdad en la ilegalidad y, por tanto, la existencia de daño antijurídico que deba ser indemnizado

Ayuntamiento de Écija. Discriminación salarial por razón de sexo. Práctica consistente en reconocer de forma indefinida a los administrativos varones complemento salarial por atribuciones temporales. Solicitud de imposición al Ayuntamiento de la provisión de una plaza de jefatura de negociado adscrita a Intervención, el abono de las retribuciones por las funciones realizadas en los últimos 4 años correspondientes a dicha plaza, así como el pago de una indemnización de 150.000 euros por daños morales.

En el caso analizado, consta acreditado un indicio de discriminación por razón de sexo, ya que durante 4 años todos los varones han cobrado más que todas las mujeres de la misma categoría, quedando reconocida una práctica generalizada en el Ayuntamiento de reconocer un complemento salarial por «atribución de funciones» de forma indeterminada en el tiempo, durando años, solo a los gestores administrativos hombres. Por tanto, una figura aparentemente neutra como la asignación provisional de funciones a funcionarios en el ayuntamiento de autos ha dado como resultado la discriminación salarial de las mujeres de la misma categoría profesional sin justificación suficiente. No obstante, hay que tener en cuenta que esta diferencia retributiva entre gestores administrativos tiene su origen en una práctica ilícita, dado que en lugar de adecuar la RPT del municipio a las funciones a realizar, viene reconociendo desde 2007 un complemento salarial de forma indefinida bajo la figura de la atribución temporal de funciones, por lo que en este caso concreto no cabe estimar el derecho a la igualdad en la ilegalidad, no apreciándose daño antijurídico que tenga la demandante la obligación de soportar y, por tanto, deba ser indemnizado. No apreciándose daño, no procede otorgar automáticamente una indemnización por infracción de la LISOS en materia de discriminación por importe de 150.000 euros. En el plano moral, la actual sentencia estimatoria de la existencia de discriminación salarial indirecta por razón de sexo, con base en la ilícita práctica del Ayuntamiento de reconocer de forma indefinida complemento salarial por atribuciones temporales, cumple ya una función reparadora del agravio que la actuación administrativa pueda haber causado.

(STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de junio de 2022, rec. núm. 696/2021)

Modificación por la empresa del horario de entrada y de salida. A la hora de determinar la sustancialidad de la medida hay que valorar tanto el impacto de género como la afectación del derecho a la conciliación laboral y familiar

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Horario. Personal de escuelas infantiles del Gobierno de Canarias. Adecuación de la jornada laboral anual a tenor de lo dispuesto en la Ley de presupuestos generales de Canarias para el año 2019, que la establecía en 35 horas semanales (1.519 horas). Situación de la trabajadora que no prestaba servicios ni en Navidad ni en Semana Santa, lo que arrojaba una jornada laboral inferior a la legal en 69 horas (1.519-1.450) con respecto al resto del personal laboral de la comunidad autónoma. Impugnación del reajuste de su jornada a partir del 30 de noviembre de 2020, al añadirse 26 minutos a su jornada laboral diaria, a razón de 13 minutos a la entrada y 13 a la salida.

Aunque es cierto que la STS de 10 de octubre de 2005 (rec. núm. 183/2004 –NSJ019209–) no consideró sustancial retrasar media hora la entrada y salida del trabajo, no es menos cierto que en la misma ninguna referencia se hizo al impacto que pudiera tener tal cambio horario en el ejercicio del derecho a la conciliación laboral y familiar de las personas trabajadoras afectadas. Además, hay que tener en cuenta que esta sentencia es anterior a la Ley orgánica 3/2007,





de igualdad, por lo que tampoco hace valoración alguna del impacto de género que pudiera tener tal cambio horario, teniendo en cuenta que el horario puede erigirse como un elemento sustancial en el ejercicio de los cuidados, pues de una determinada hora puede depender la salida del colegio de niños/as o adolescentes, dar la comida a un menor o a una persona discapacitada o el acompañamiento al médico, o simplemente el paseo con una persona de avanzada edad. No hay que olvidar que el cuidado de familiares, como elemento básico del derecho a la conciliación familiar y laboral, descansa mayoritariamente en las mujeres trabajadoras de todo el mundo, sin excluir a España. Este mayor impacto femenino lleva a extremar las cautelas en la fijación del concepto jurídico de «sustancialidad» previsto en el artículo 41.1 del ET, debiendo integrar en su interpretación las experiencias, preocupaciones y aspiraciones femeninas. Los cambios sociales acontecidos en el siglo XXI han tenido, también, repercusión en la vida de las personas trabajadoras, enriquecidas con experiencias familiares y sociales que trascienden del centro de trabajo. Ello ha tenido su impacto en la sustancialidad del horario laboral como elemento que incide en la autonomía y la libertad de la persona trabajadora para lograr un modelo de vida y unas aspiraciones en las que el cuidado se coloca en el centro. Siendo una práctica habitual en las relaciones laborales el uso de permisos familiares como la reducción de jornada, con pérdida retributiva, para el cuidado de hijos/as menores o familiares dependientes (art. 37.6 ET), es evidente que, en la actualidad, el horario de trabajo no es algo secundario, banal o «una consecuencia derivada de la jornada». En el caso analizado, se decide unilateralmente la forma de recuperación de las jornadas de Navidad y Semana Santa, en las que el personal de escuelas infantiles no presta servicios por cierre de las escuelas y que a partir de ahora deben recuperarse afectando al horario de entrada y de salida de la trabajadora en franjas horarias sensibles a la conciliación familiar, como es el horario de entrada, que se adelanta, y pasa de las 8:00 h (antes) a las 7:47 h (ahora), y también en el horario de salida que pasa de las 15:00 h (antes) a las 15:13 h (ahora). Ello trasciende del ius variandi de la empleadora para colocarse en una posición que merece una protección reforzada, bajo la consideración de modificación sustancial (art. 41.1 b) ET). Por tanto, al no haberse seguido el preceptivo procedimiento de modificación sustancial de condiciones, que en este caso sería colectivo, al no cuestionarse por la demandada la afectación colectiva de la resolución impugnada, solo puede concluirse con la declaración de nulidad de la medida. Procede, además, una indemnización por daños y perjuicios que asciende a 671,35 euros.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2022, rec. núm. 177/2022)

Las familias monoparentales también tienen derecho a la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante

Familias monoparentales. Madre soltera. Derecho a la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante.

Aunque la norma (arts. 183 a 185 LGSS) no ha previsto su aplicación a este tipo de familias, es indudable que esta prestación se congenia con 3 vías claras: la protección del menor y en general de la infancia, la introducción de una medida de igualdad de la mujer y un elemento de conciliación de la vida familiar. Desde el paraguas general de la no discriminación, no puede denegarse la prestación a la beneficiaria, pues se conculcaría el derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado sufriría una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir. Si partimos de la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, cuando introducimos un periodo de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas biparentales, estamos no solamente mermando la atención que en las familias monoparentales se presta, sino que también estamos introduciendo un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha





sido considerado progenitor. No hay que olvidar que el mayor bloque de integrantes en el rango de progenitores de las familias monoparentales es el de la mujer. Cuando se establece el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo en el artículo 48, números 5 a 7, del ET, incorporando al varón u otro progenitor de forma indirecta, se está perjudicando a la mujer. El tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultanea ni diacrónicamente lo bifurca. El tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma. De igual forma, la promoción en el empleo y al desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a peyorizarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer a un colectivo, pero aparte del mismo se le perjudica. Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal, sino ante el suelo pegajoso, y ante una concepción de la igualdad funcionalista que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, quedan discriminados. Por tanto, la prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante es de aplicación a las personas que conforman hogares monoparentales, so pena de determinar una clara quiebra del principio de igualdad.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2022, rec. núm. 265/2022)