



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de noviembre de 2022)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Es improcedente y no nulo el despido objetivo sin causa acreditada asociado a la pandemia

Despido objetivo sin causa acreditada con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas de la COVID-19 y la declaración del estado de alarma.

Aunque el Real Decreto-Ley 9/2020, apostando por el ERTE como solución a los problemas empresariales asociados a la pandemia, dispuso que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se ampararan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada no se podrían entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido, ello no significa que el cese, desconociendo lo previsto en tal norma, deba calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela). Ni la referida norma contiene una verdadera prohibición ni las consecuencias de que haya un despido fraudulento comportan su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa (como sucede en el caso de elusión del mecanismo del despido colectivo). Del mismo modo, tampoco el acudimiento al ERTE aparece como una verdadera obligación. La calificación del despido como nulo se descarta, porque las previsiones sobre el tema (tanto del ET cuanto de la LRJS) ignoran el supuesto de fraude (salvo en despidos «por goteo» que eluden el procedimiento de la extinción colectiva). Cuando aparezca una extinción del contrato de trabajo acordada por la empresa y carezca de causa válida, hay que calificarla con arreglo a la legislación laboral vigente, tanto por la especialidad de este sector del ordenamiento cuanto por la propia remisión del artículo 6.3 del Código Civil (calificando como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»), al margen de que propiamente no concurra su presupuesto aplicativo. La consecuencia de que un despido aparezca ante los ojos del juzgador como carente de causa no es (en la actualidad) la de su nulidad, sino la improcedencia. Ni el fraude de ley ni el abuso de derecho imponen aquella. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2022, rec. núm. 2206/2021)

Cambio del grupo de cotización de los trabajadores de una entidad bancaria fusionada: trabajadores con funciones idénticas, pero cotizaciones diferentes

Seguridad Social. Sucesión de empresa. Cambio del grupo de cotización de los trabajadores de una entidad bancaria fusionada. Trabajadores que en el seno de Caixabank realizan funciones idénticas, asignándose





a grupos de cotización distintos según sean empleados originarios de Caixabank o provenientes de Barclays, fusionado por absorción con aquella entidad. Convenios colectivos de las entidades fusionadas de carácter dispar que abocan a la reasignación de los grupos de cotización. Prevalencia, bien del acuerdo con los representantes de los trabajadores en que se establecen los grupos profesionales de la plantilla absorbida, o bien, constatada la identidad de funciones, tras la integración, aplicación de las tablas de cotización de la Seguridad Social al margen del acuerdo.

El hecho de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del ET, en el convenio colectivo aplicable a las cajas y entidades financieras se adopte un sistema de clasificación profesional en el que se contemplan únicamente dos grupos profesionales en modo alguno determina que tal sistema de clasificación profesional vincule a la TGSS, pues ninguna norma determina que la clasificación profesional adoptada en el ámbito laboral deba prevalecer sobre la normativa específica de la Seguridad Social que regula los grupos de cotización al objeto de determinar las bases de cotización. El alegato de vulneración del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) –que formula la entidad recurrente (Caixabank) aduciendo que la sentencia recurrida da respaldo a una resolución administrativa de la que se deriva que en el seno de dicha entidad existan trabajadores que, aun realizando funciones idénticas, sean asignados a grupos de cotización distintos según sean trabajadores originarios de la entidad o provenientes del banco fusionado por absorción– no puede ser acogido toda vez que la valoración de si se ha producido una vulneración del principio de igualdad requiere la aportación de un término válido de comparación del que resulte que, ante situaciones iguales, se haya producido, arbitrariamente, un tratamiento desigual; y ese elemento de comparación válido no existe en el caso que se examina, pues, aparte de no haber constancia de las funciones que desempeñan unos y otros trabajadores, lo cierto es que nada se ha acreditado ni alegado siquiera sobre la situación y el grupo de cotización en el que se incardinan esos otros trabajadores con los que pretende hacerse la comparación, a los que no se refiere la resolución administrativa impugnada en el proceso.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de septiembre de 2022, rec. núm. 1828/2021)

Es incompatible el incremento del 20 % de la base reguladora de la IPT cualificada con la prestación de desempleo devengada por el cese en una ocupación diferente

Incapacidad permanente total cualificada (IPT). Compatibilidad con la prestación por desempleo devengada por el cese en una ocupación diferente de la que motivó el reconocimiento de la IPT.

Si el incremento del 20 % de la pensión de IPT cualificada queda en suspenso durante el tiempo en que el trabajador desempeña un trabajo compatible, al permitirle el salario percibido completar sus ingresos, por la misma razón, en caso de despido, la prestación por desempleo cumple también una función sustitutoria de los salarios dejados de percibir por el desempleado, resultando incompatible con dicho incremento del 20 %. La doctrina jurisprudencial que declaró la compatibilidad del incremento del 20 % de la base reguladora de la pensión de IPT, cualificada con las mejoras voluntarias de la pensión de IPT abonadas por empresas públicas, no resulta decisiva para la resolución de este litigio, porque la naturaleza de una mejora voluntaria de la Seguridad Social abonada al trabajador por su antiguo empleador, con independencia de si se trata de una empresa pública o privada, es distinta de la prestación por desempleo abonada por el SEPE.

(STS, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2022, rec. núm. 4256/2019)

Excedencia voluntaria. Negativa de la empresa a la reincorporación por falta de vacante. Si se demanda por despido (por error), no cabe luego la reconducción al procedimiento ordinario

Excedencia voluntaria. Solicitud de reincorporación. Negativa de la empresa por inexistencia de vacante. Trabajadora que elige la modalidad de despido para reclamar pese a no quedar acreditada la voluntad extintiva de la empleadora. Interposición de recurso de suplicación con dos motivos, reiterando la trabajadora en el primero que hubo despido tácito y en el segundo que, de no haber despido, el TSJ debería anular las actuaciones de instancia a fin de que se tramitara conforme al proceso ordinario al amparo del artículo 102.2 de la LRJS.

En el caso analizado, tanto en el escrito de demanda como en el recurso de suplicación quedó de manifiesto que la demandante optó por la acción de despido, manteniendo que la decisión empresarial pretendía la extinción del contrato de trabajo y que la manifestación relativa a la inexistencia de vacante no trataba de desplazar en el tiempo el reingreso solicitado. En ningún momento la trabajadora formuló la pretensión de que se reconociera su derecho a la ocupación efectiva, ni solicitó la condena al empresario al reingreso en su puesto de trabajo tan pronto como hubiera una vacante. Por ello, la reconducción procedimental solicitada por la parte recurrente requeriría una modificación del escrito de demanda, a fin de que se suprimiese la solicitud de que se declare la improcedencia del despido con las consecuencias legales y que constase en él la petición de que se condenase a la empresa a readmitir a la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, so pena de causar indefensión a la parte contraria. Hay que tener en cuenta que el artículo 80.1 a) de la LRJS establece que la demanda debe contener una mención expresa a la modalidad procesal a través de la cual la parte actora considera que debe enjuiciarse su pretensión y que el artículo 102 de la LRJS se aplica cuando hay una discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal que, a juicio de la parte demandante, debe tramitarse. En este pleito, tanto en la instancia como en suplicación se formuló una pretensión de despido, que debía articularse a través de la modalidad procesal de despido. No era posible aplicar la regla de subsanación del artículo 102 de la LRJS, porque la modalidad procesal de despido se adecuaba a la pretensión realmente ejercitada. Al enjuiciar el fondo del litigio, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación examinaron si realmente hubo un despido y llegaron a la conclusión de que no lo hubo, por lo que desestimaron la demanda y el recurso. Al hacerlo, ambas sentencias entraron a conocer del fondo del asunto, enjuiciando la acción realmente ejercitada. Ello reveló el error de la demandante, que debió haber ejercitado una acción conforme al procedimiento ordinario solicitando su reingreso. Pero dicho error es imputable únicamente a la parte actora que, ante la respuesta empresarial a su solicitud de reingreso, ejercitó una acción de despido. En definitiva, no ha habido ninguna discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal tramitada, sino que la modalidad procesal de despido era adecuada para la pretensión de despido formulada por la trabajadora. Pleno. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 2022, rec. núm. 293/2020)

Proceso laboral. Modificación de condiciones de trabajo de carácter individual con invocación de vulneración de derechos fundamentales. ¿Cuándo se puede conocer en suplicación de las cuestiones de legalidad ordinaria?

Proceso laboral. Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual con invocación de vulneración de derechos fundamentales y reclamación de indemnización por daños y perjuicios superior a 3.000 euros. Deber de la sentencia de suplicación de pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria suscitadas una vez desestimada la alegada vulneración.





Esta sala viene admitiendo que, por aplicación del artículo 191 f) de la LRJS, son recurribles en suplicación (a salvo de situaciones en que pudiere apreciarse un manifiesto fraude procesal o maniobras torticeras en abuso de derecho) las sentencias que resuelven demandas en las que se invoca la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, aun cuando, por imposición del artículo 184 de la LRJS, se hayan ejercitado necesariamente a través de la modalidad procesal correspondiente que está excluida de la suplicación, como sucede con la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual. El acceso al recurso de suplicación se justifica, precisamente, por el mayor rigor que exigen los pronunciamientos judiciales atinentes a los derechos fundamentales, al tratarse de decisiones especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen. Ahora bien, es preciso determinar el ámbito y alcance de ese recurso de suplicación, ya que carece de toda lógica que las materias de legalidad ordinaria, que no tienen acceso a la suplicación, puedan tenerlo por haberse planteado de manera conjunta con la invocada vulneración de derechos fundamentales, una vez ya resueltas las pretensiones relativas a tales derechos fundamentales y cuando no guardan la más mínima relación con las materias de legalidad ordinaria pendientes de resolución. Si el legislador ha dispuesto que esos aspectos de legalidad ordinaria queden firmes en la sentencia de instancia, no puede ofrecerse un distinto tratamiento jurídico en función de que hayan sido planteados aisladamente o de manera acumulada con la invocada vulneración de derechos fundamentales. No obstante, sí debería admitirse el recurso a todos los efectos en el supuesto de estar estrechamente unidas las cuestiones de legalidad ordinaria y las atinentes a la alegada vulneración de derechos fundamentales, cuando resulte del todo imposible resolverlas separadamente. En el caso analizado, la sentencia recurrida acierta al resolver los motivos de suplicación que guardan relación con los derechos fundamentales esgrimidos por la demandante, y no pronunciarse, en cambio, sobre los de estricta legalidad ordinaria que suscita la recurrente sobre la naturaleza justificada o injustificada de la modificación sustancial en litigio. Pleno. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2022, rec. núm. 1363/2019)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

No se puede obligar a las mujeres futbolistas a afiliarse a la AFE para acogerse a las ayudas del «Fondo fin de carrera»

Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la no discriminación por razón de sexo. Obligación de las futbolistas asociadas a la Asociación de Futbolistas Profesionales (FUTPRO) de afiliarse a la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) para acceder a determinadas ayudas económicas previstas en el llamado «Fondo de fin de carrera de futbolistas».

En el caso analizado, la AFE basó su decisión en un cambio del sistema de financiación del fondo, al decidir que el correspondiente a los futbolistas profesionales que compiten en las dos divisiones de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) y de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) masculinas se financiara con el dinero que aporta la LNFP, mientras que el correspondiente a las futbolistas que compiten en la primera división femenina se financiara únicamente con cuotas de los afiliados, de ahí que se exigiera a las mujeres el requisito de afiliación a la AFE. Esta decisión de la AFE no solo resulta contraria al acuerdo suscrito con la Liga en el conflicto colectivo 131/2015, sino que, además, aunque pudiera admitirse que la AFE tuviera capacidad de revisar el sistema de financiación del «Fondo de fin de carrera» y de adoptar un sistema como el que implementa a raíz de la modificación operada en el reglamento del merita-fondo, esto es, que convivan dos sistemas de financiación uno para el fútbol masculino financiado por la Liga y otro financiado con fondos propios para el fútbol femenino, nos encontraríamos ante un caso manifiesto de discriminación





indirecta por razón de sexo, por cuanto que esta decisión aparentemente neutra pone a las futbolistas mujeres en una situación de desventaja en relación con los hombres, pues para poder acceder al mismo se les exige requisitos que a los hombres no les son requeridos, cuales son tener una determinada afiliación sindical, lo cual, además, entraña una vulneración del derecho a la libertad sindical. Dicha conducta no resulta justificada por el hecho de que el fútbol femenino no contribuya a generar los derechos de imagen con los que la LNFP financia el fondo, por cuanto que tampoco contribuyen a tales derechos los futbolistas que no militan en primera y segunda división, que no se ven perjudicados por la decisión. Por ello, procede estimar las tres primeras peticiones del suplico de la demanda, en el sentido de declarar que la conducta observada por la AFE es vulneradora de los derechos fundamentales a la libertad sindical y no discriminación por razón de sexo, considerar que la misma es radicalmente nula y ordenar el cese inmediato de tal comportamiento. Procede, además, la condena al abono a FUTPRO de una indemnización por daños morales de 60.002 euros, cantidad que se fija también con carácter preventivo al haber sido ya condenada la AFE en dos ocasiones por vulneración del derecho a la libertad sindical en la gestión de dicho fondo.

(SAN, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2022, núm. 133/2022)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Riesgo durante el embarazo. Aunque tiene naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, el INSS y la TGSS no son responsables subsidiarios en caso de incumplimiento empresarial

Riesgo durante el embarazo. Responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS.

Aunque estamos en presencia de una prestación que en su tratamiento inicial tuvo asimilación a la IT derivada de contingencias comunes, desde la Ley 3/2007 tiene naturaleza de «contingencia profesional» y las consecuencias coherentes en orden a los requisitos exigibles (alta de pleno derecho, inexistencia de periodo carencial, importe del 100% de la base reguladora y responsabilidad automática de la aseguradora). No obstante, hay que tener en cuenta que el mecanismo de responsabilidad subsidiaria que históricamente se ha atribuido al Fondo de Garantía y que en la actualidad está a cargo del INSS va referido a contingencias profesionales leves, mientras que la prestación por riesgo tiene una indudable naturaleza preventiva, como lo evidencian no solo su presupuesto –el riesgo–, sino que tenga origen en el artículo 26 de la LPRL. En cualquier caso, lo cierto es que la cualidad profesional no se predica de la contingencia, sino tan solo de la prestación, por lo que parece evidente que aquel cambio de naturaleza obedeció a una decisión legislativa que tenía únicamente como fin proteger más adecuadamente a la trabajadora. En todo caso, es evidente que no existió una voluntad parlamentaria destinada a alterar el régimen jurídico de las mutuas aseguradoras en orden a la insolvencia empresarial y a incluirlo en las previsiones del artículo 94 del TALSS/1966 que se limita a la IT, IP y muerte y supervivencia. En este orden de cosas, no solamente no existe disposición –legal o reglamentaria alguna– que atribuya la responsabilidad subsidiaria al INSS, sino que hay un dato del que indirectamente inferir que tal posibilidad ha de excluirse, cual es que las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en el extremo referido a «las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social...», no han sufrido modificación alguna –siempre el 16%– desde fecha anterior al cambio de tratamiento jurídico del subsidio por «riesgo de embarazo» en 2009 y hasta el presente año. Y no parece lógico entender que el incremento de la responsabilidad de garantía por una nueva prestación («riesgo durante el embarazo») no fuese acompañado del correlativo aumento de la aportación financiadora por parte de las mutuas.

(STSJ de Andalucía/Granada, Sala de lo Social, de 24 de marzo de 2022, rec. núm. 2031/2021)

JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

Teletrabajo: la visita al aseo está amparada por la presunción de laboralidad del accidente que supuso la caída en el pasillo de casa en tiempo de trabajo

Teletrabajo. Incapacidad temporal. Accidente de trabajo. Consideración del lugar de trabajo. Teleoperadora que sufre en su casa una caída al salir del baño, cayendo al suelo en el pasillo, estando vigente la jornada laboral. Calificación por la mutua como accidente no laboral.

Puede decirse, como hace la defensa de la mutua que, no estando la accidentada al pie del cañón, esto es, sentada ante el ordenador en su domicilio, no cabe hablar de «lugar de trabajo», de suerte que la protección que brinda la norma no deba extenderse a lo ocurrido en cualquier otra parte de aquel, aún, en tiempo de trabajo. No obstante, esto debería ser así cuando se apreciara una clara interrupción del nexo causal. Valga a modo de ejemplo la situación de quien, en tiempo de trabajo, estando en la cocina de su domicilio, se corta accidentalmente con un cuchillo. Ahora bien, en el caso de autos, el percance se produce al salir del cuarto de baño de su domicilio, en trance de reanudar su actividad laboral, tropezando en el pasillo y cayendo al suelo. Nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda. Aquí no hay circunstancia relevante que permita reconsiderar la conclusión del razonamiento. La obligada visita al aseo para atender una necesidad fisiológica, constante el desempeño de la jornada laboral, no puede enervar la presunción legal. No se trata aquí de hacer de mejor condición a quien teletrabaja, al contrario, se busca evitar su desprotección. Procede apreciar, por tanto, la laboralidad del accidente, máxime en un caso como el de autos en el que no está en tela de juicio que el percance sobreviniera tal y como lo refiere la trabajadora, esto es, constante el desempeño de su jornada laboral, cuando salía del cuarto de baño de su domicilio para continuar con sus obligaciones. La concreción antedicha es de importancia capital, ya que no es factible dar a este problema una solución genérica u omnivalente.

(SJS núm. 1 de Cáceres de 26 de octubre de 2022, núm. 297/2022)

Jubilación en el RETA. Integración de lagunas. Procede cuando existe un tramo intermedio en que la trabajadora no ha estado inscrita como demandante de empleo por dedicarse al cuidado de los hijos

RETA. Base reguladora de la pensión de jubilación. Integración de lagunas de cotización cuando existe un tramo intermedio en que la trabajadora no desempeñó actividad alguna ni estuvo inscrita como demandante de empleo por dedicarse al cuidado de los hijos.

En el caso analizado la demandante ha trabajado durante un largo periodo de tiempo dividido en dos periodos, uno primero de más de 10 años (donde estuvo dada de alta en el RGSS) y otro posterior de más de 17 años (en el RETA). En la fase intermedia se produjo una larga interrupción de casi 16 años, coincidente con el periodo en que sus hijos son de corta edad. En este contexto, teniendo en cuenta que la Circular 4/2033 establece que, en caso de resolver un régimen sin integración de lagunas, se aplicará esta integración en aquellos periodos de alta o asimilados al alta sin obligación de cotizar, que sean subsiguientes a una situación de alta en un régimen que prevea dicha integración, se trata de determinar si la separación del mercado laboral puede tener relación con la condición de mujer de la demandante. Aunque el criterio de tomar como relevante la permanencia en la inscripción como demandante de empleo a efectos de poder estimar que no existe una voluntad de alejamiento del mercado laboral se revela en principio como un criterio neutro, si se valora la incidencia que presenta en relación al colectivo de mujeres, es claro que supone una forma de discriminación indirecta, pues ellas son las que de manera





abrumadora cesan temporalmente en la búsqueda activa de empleo debido a la dedicación a las tareas de cuidado de los hijos. Una interpretación integradora y acorde con la perspectiva de género debe llevar por tanto a realizar una interpretación flexible de las normas que regulan el presente caso, los artículos 209 y 318 del TRLGSS aplicados de acuerdo con la Circular 4/2003 de la Seguridad Social. Se debe llegar así a la conclusión de que cuando no ha existido situación de alta o asimilada por no haber inscripción como demandante de empleo, en un periodo que coincide precisamente con la dedicación de la trabajadora al cuidado de los hijos, dicho periodo no debe excluirse de la posibilidad de llevar a cabo la integración de lagunas, pues en tal caso se estaría produciendo una actuación que perjudica al colectivo de mujeres como tal por su condición precisamente de mujeres. En el presente caso es razonable considerar que la actora con una dilatada carrera profesional estuvo alejada del mercado laboral precisamente en un periodo coincidente con la minoría de edad de sus hijos, y una vez esta termina se reintegró de nuevo a la vida laboral activa, lo que denota que siempre existió un *animus laborandi*, lo cual ha de ser tenido en consideración equiparando tal situación a otras como la inscripción como demandante de empleo a efectos de poder apreciar el periodo controvertido como situación asimilada al alta.

(SJS núm. 1 de Granada de 13 de octubre de 2022, núm. 434/2022)