



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 28 de febrero de 2022)

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

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

**Cuando un trabajador, incluso en prácticas, deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser un ajuste razonable si no supone una carga excesiva para el empresario**

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Prohibición de discriminación por motivo de discapacidad. Despido de un trabajador declarado definitivamente no apto para desempeñar las funciones esenciales de su puesto de trabajo. Agente que desarrolla un periodo de prácticas en el marco de su contratación. Ajustes razonables para las personas con discapacidad. Obligación de cambio de puesto. Trabajador que necesitó la colocación de un marcapasos mientras realizaba un periodo de prácticas tras su contratación por el empresario, lo que le impidió que continuara desempeñando las funciones para las que fue contratado inicialmente, habida cuenta de la sensibilidad de este dispositivo a los campos electromagnéticos que emiten las vías férreas, lo que condujo a su despido.

La Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para garantizar a todas las personas la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ofreciendo protección eficaz contra la discriminación por discapacidad. Esta directiva concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación consagrado en el artículo 21 de la CDFUE. El hecho de que la recurrente no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Procede recordar que esta directiva debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, según esta, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Así, del artículo 5 de la directiva resulta que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se deben realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Procede considerar que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como «ajuste razonable» a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78. No obstante, dicho precepto no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. Para ello, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y a disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Debe precisarse que solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar.

(STJUE, Sala Tercera, de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20)

## El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce el derecho de las empleadas de hogar a la protección por desempleo

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Discriminación indirecta por razón de sexo. Sistema especial para empleados de hogar. Exclusión de la protección contra el desempleo de las prestaciones de dicho sistema (art. 251 d) LGSS). Denegación de la solicitud de cotización por la protección frente a la contingencia de desempleo. Colectivo integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino.

En el supuesto de que el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado que este debe, por un lado, tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato y, por otro lado, comparar 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. Así, a 31 de mayo de 2021, del número de trabajadores sujetos al régimen general, el 48,96 % eran mujeres y el 51,04 % eran hombres, destacándose, por el contrario, que en el sistema especial de empleados de hogar el 95,93 % eran mujeres, frente al 4,47 %, que eran hombres. Por tanto, el artículo 251 d) de la LGSS entraña una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que esté justificado por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, por responder a un objetivo legítimo de política social, adecuada y necesaria. Los objetivos perseguidos por la disposición nacional controvertida (mantenimiento de la tasa de empleo y fomento de la contratación, así como la lucha contra el empleo ilegal y el fraude a la Seguridad Social) se pueden considerar, en principio, como objetivos legítimos de política social, que pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo. Sin embargo, esta opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo no parece aplicarse de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar y, por tanto, riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la Seguridad Social y de recurso al trabajo ilegal. Además, dado que dicho sistema especial da derecho, en principio, a todas las prestaciones concedidas por el régimen general, salvo las de desempleo, esas otras prestaciones presentan aparentemente los mismos riesgos de fraude a la Seguridad Social que las de desempleo, lo que pone en tela de juicio la coherencia interna de la disposición nacional controvertida. Entiende el tribunal que, sin perjuicio de su apreciación por el órgano jurisdiccional remitente, parece que los medios elegidos por el Estado miembro no son adecuados y, además, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de política social. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

(STJUE, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20)

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

**Indemnización por despido improcedente tras sucesión de contratistas. No quiebra la unidad del vínculo el hecho de que haya habido un periodo de servicios prestados para un contratista pretérito cuando el contrato finalizó por baja voluntaria**





## Indemnización por despido improcedente tras sucesión de contratas. Unidad esencial del vínculo habiendo mediado dimisión del primer contrato de la serie, trabado con antigua empresa.

A efectos del cálculo de la indemnización extintiva se ha afirmado con carácter general que en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor a las interrupciones de menos de 20 días, pero, también, a interrupciones superiores a 30 días, cuando no son significativas, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente. En el supuesto de que haya habido fraude, la doctrina jurisprudencial sostiene un criterio más relajado –con mayor amplitud temporal– en la valoración del plazo que deba entenderse significativo como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Como se observa, la doctrina no atiende a la causa por la que finaliza un contrato o a las razones por las que se concluye otro posteriormente. Lo relevante es la sensación de continuidad de la prestación de servicios, aunque existan periodos intermedios. En el caso analizado, la discrepancia radica en si la renuncia voluntaria a proseguir la actividad comporta una ruptura de la vinculación preexistente con la posterior. Teniendo en cuenta que la unidad esencial del vínculo, en abstracto, examina la carrera profesional de quien presta sus servicios de manera intermitente, eso ocurre aquí. También se parte, como aquí sucede, de que la empleadora y la persona contratada han trabado una vinculación laboral que facilita el recíproco conocimiento, de modo que la experiencia profesional y habilidades propias del desempeño son aprovechadas cada vez que se reinicia la prestación de servicios, aunque formalmente estemos ante una nueva contratación. Que la dimisión surja justo cuando va a finalizar el periodo de contrata adjudicado a una mercantil y a comenzar su desempeño una tercera empresa es indicio de que el trabajador no buscaba tanto desligarse de su ocupación cuanto facilitar su recontractación. La eventual liquidación de las cantidades devengadas por la empresa saliente en el primer contrato de trabajo (finiquito) puede ser bastante para impedir ulteriores reclamaciones derivadas del mismo, pero no evita que una cercana recontractación active la figura examinada. Al fin y al cabo, si la empleadora (subrogada) actúa de ese modo, está activando todo el caudal profesional acumulado por el trabajador en su prestación de servicios. Por tanto, en casos como el presente, no quiebra la unidad del vínculo por el hecho de que haya habido una baja voluntaria, seguida a los pocos días de una nueva contratación (por distinta empresa) para el mismo puesto de trabajo. La existencia de una transmisión de empresa, con la consiguiente subrogación, está en la base de tal conclusión y actúa como su presupuesto. Sin subrogación empresarial, claro está, carece de sentido plantear la eventual unidad esencial del vínculo. Esta solución es la más acorde con los valores constitucionales de estabilidad en el empleo (derecho al trabajo) y eurocomunitarios de evitación de abusos derivados de la sucesiva contratación temporal (Directiva 1999/70, de 28 de junio).

(STS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2022, rec. núm. 4359/2019)

## Cuando una Administración pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo de carácter fijo, debe mantenerse esa condición, no cabiendo la integración como personal indefinido no fijo

Ayuntamiento de Pamplona. Remunicipalización del Servicio de Atención Domiciliaria. Trabajadora de empresa privada que pasa a tener como empleador al consistorio como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma. Determinación de si mantiene su condición de fija o se integra como personal indefinido no fijo (PINF).

La finalidad del artículo 44 del ET es favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenían reconocidos con el anterior. En esta línea, la Directiva 2001/23/CE tiene por objeto garantizar, en la medida de lo posible, la





continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión. A raíz de la STJUE de 13 de junio de 2019 ([asunto C-317/18](#), Correia Moreira), se señaló que la mencionada directiva se oponía a una normativa nacional que exigiera que, en caso de transmisión, cuando el cesionario es un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, tuvieran que someterse a un procedimiento público de selección y, por otro, quedaran obligados por un nuevo vínculo con el cesionario. De lo expuesto se extrae que, cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma, el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes, no siendo admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección. Por ello, no es acertada la aplicación de la condición de PINF a quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una transmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración pública. No hay que olvidar que la condición de PINF surge por una irregularidad de cuya responsabilidad no puede eximirse el sujeto empleador, lo que no es el caso de la reversión del servicio. Además, consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de una situación favorable, pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento, pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente. Por tanto, debe concluirse que cuando una Administración pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter de fijo, debe mantenerse esa condición. No obstante, conviene advertir que no queda cerrada la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2022, rec. núm. 3781/2020)

## La cesión ilegal de trabajadores efectuada por una ETT debe sancionarse como falta muy grave (art. 8.2 LISOS) y no como grave (art. 18.2 c) LISOS)

**Adecco ETT. Cesión ilícita de 74 trabajadores durante casi 3 años para desempeñar funciones estructurales de la empresa usuaria. Tipificación de la falta.**

La conducta sancionada no es la simple utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos (art. 18.2 c) LISOS), cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria, sino una cesión ilegal de trabajadores en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilegalmente trabajadores de la ETT a la empresa usuaria, que debe reputarse falta muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 c) de la LISOS, que no excluye, de ninguna manera, a las ETT, cuando estas ceden trabajadores sin atenerse a los límites legales. A esta conclusión debe llegarse porque en un periodo de casi 3 años la ETT cedió nada menos que 74 trabajadores a la empresa usuaria (Norwegian), quien no contaba con una plantilla propia para prestar servicios de navegación aérea en la base de Málaga y en otras del territorio español, habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción, que desbordaron con mucho los límites temporales del artículo 15.1 b) del ET, acreditando, por tanto, que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u





ordinaria de la empresa. Dicha conducta constituye claramente una cesión ilegal de trabajadores, toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los límites establecidos en el artículo 43.1 del ET. Si no fuera así, si la cesión ilícita de trabajadores ejecutada por una ETT quedara reducida a falta grave, derivada de la utilización indebida de los contratos de puesta a disposición, se produciría un efecto perverso, toda vez que, siendo las ETT las únicas empresas autorizadas para la cesión de trabajadores, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como dispone el artículo 43.1 del ET, podrían ceder ilícitamente trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado.

[STS, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2021, rec. núm. 4701/2018](#)

## El Tribunal Supremo recuerda que el incumplimiento por el trabajador excedente del plazo de preaviso previsto en convenio para solicitar el reingreso no implica la pérdida del derecho a la reincorporación

**Excedencia voluntaria. Trabajador que solicita la reincorporación incumpliendo el plazo de preaviso que establece al efecto el convenio colectivo de aplicación.**

La trascendencia que cabe otorgar a la previsión convencional de que la persona que solicita el reingreso, tras un periodo de excedencia voluntaria, formule su solicitud con una antelación prefijada en la norma colectiva no puede ser que del incumplimiento del plazo de preaviso se derive la pérdida del derecho al reingreso. Suponer, como hace la sentencia recurrida, que el incumplimiento en parte del preaviso determina la pérdida del derecho al reingreso, cuando lo que se interpreta es una norma restrictiva de derechos implica llevar ese carácter aún más lejos, lo que contradice el principio de derecho que obliga a que deba ser objeto de interpretación restringida la norma limitativa de derechos. Por otra parte, nunca una interpretación puede conducir al absurdo cual sería el de negar todo significado a la exigencia del preaviso, cuya razón de ser ha de situarse en las consecuencias para la empresa derivadas de la dificultad de una sorpresiva petición de reingreso, aun en el caso de contar con una vacante, debiendo traducirse el incumplimiento del preaviso en una moratoria para la empresa equivalente a dicho plazo, y desde luego siempre que la solicitud se efectúe antes de finalizar la excedencia concedida, como queda acreditado en el caso. En el caso analizado, el actor, 5 días después del inicio del plazo de preaviso, remitió comunicación a la empresa solicitando la ampliación de 1 año del periodo de excedencia, y, una vez le fue negada la petición, solicitó la reincorporación antes del vencimiento de la excedencia concedida. Por tanto, la negativa de la empresa a la reincorporación del trabajador por la causa señalada en su comunicación determina que nos encontremos ante un despido, que ha de calificarse como improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

[\(STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2022, rec. núm. 4927/2018\)](#)

## Es nulo el despido de una mujer que se produce tras anunciar que va a contraer matrimonio solicitando los correspondientes días de permiso

**Cese acordado por la empresa, invocando una inexistente finalización de la obra, con proximidad temporal a la fecha en que la trabajadora comunica su intención de contraer matrimonio a fin de disfrutar el correspondiente permiso. Discriminación por razón de estado civil.**

Si bien el artículo 14 de la CE no alude al estado civil como una de las circunstancias frente a las cuales proscribiera el trato discriminatorio, lo cierto es que su fórmula abierta no lo excluye. La libre elección del estado civil constituye un aspecto





inherente a la dignidad y libertad de las personas (art. 10.1 CE), por lo que debe proibirse el trato diferenciado en función de tal circunstancia. El alcance que posee el derecho a la no discriminación resulta modulado por su contemplación internacionalista (art. 10.2 CE), de modo que la doctrina del TEDH aboca a que el estado civil de las personas sea considerado como una de las circunstancias personales por razón de la cual no cabe el trato peyorativo que nuestra ley fundamental proscribiera. En particular, el matrimonio de la mujer no puede comportar para ella una consecuencia tan desfavorable como es el despido; la Convención de 1979 vincula ambas magnitudes (feminidad, matrimonio) y explicita la ilicitud de ello. De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que el cambio de estado civil no puede tomarse como causa de un trato desfavorable ni siquiera cuando el mismo se realiza en oposición al ideario de la entidad empleadora. Por tanto, debe calificarse como nulo el despido surgido como reacción al anuncio que la trabajadora realiza acerca de su futuro matrimonio. No hay que olvidar que, históricamente, el matrimonio de la mujer se ha asociado al surgimiento de responsabilidades y cargas familiares. Es decir, el papel que ha venido desempeñando la mayoría de la población femenina en su núcleo convivencial le ha reportado una sobrecarga de tareas (doble jornada), al ser ella quien asumía mayoritaria y preferentemente la llevanza del hogar, la crianza de la prole y la atención a los mayores. Para el beneficio y la productividad empresarial, entendida en términos economicistas, resultaba menos interesante una empleada con estado civil de casada que soltera. De ahí que la excedencia forzosa por matrimonio se considerase no solo ilegal, sino también discriminatoria. La asociación entre matrimonio y circunstancias frente a las que no cabe discriminación parece inherente al concepto de libertad y dignidad de la persona. Cuando se trata del matrimonio de la mujer ya no cabe argumentar en términos dubitativos, sino que debe afirmarse con claridad. Adoptar una decisión peyorativa para una trabajadora como consecuencia de que anuncia o contrae matrimonio es, sencillamente, infligirle un trato discriminatorio y opuesto al artículo 14 de la CE. Despedir a una trabajadora como reacción frente al anuncio de su matrimonio también supone una represalia frente al ejercicio del derecho a elegir libremente el estado civil. La nulidad del despido, por así decirlo, posee doble causalidad: discrimina a la mujer y represalia a quien ejerce su derecho. La solución anunciada es también la reclamada por la abundante regulación de la Unión Europea en materia de no discriminación laboral por razón de género, abarcando tanto las directas cuanto las indirectas. Bastará ahora con recordar que el artículo 33 de la CDFUE no solo garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, sino que expresamente proclama que «toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad» y, en muchas ocasiones, el matrimonio de la mujer se subsume en tal categoría.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2022, rec. núm. 1871/2020)

## **El complemento por maternidad (ex art. 60 LGSS) debe ser reconocido a los hombres con efectos retroactivos a la fecha del hecho causante –a salvo de los condicionantes que puedan concurrir en el litigio–**

Reconocimiento a un varón del complemento de pensión por maternidad ex art. 60 de la LGSS (redacción original). Determinación de si los efectos retroactivos deben limitarse a los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud o si el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de publicación de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18.

En el caso analizado, la sentencia de suplicación, revocando la de instancia, estableció una retroacción de los efectos económicos de 3 meses desde la fecha de la solicitud revisora, sin que la parte actora interpusiera casación unificada contra dicha resolución, siendo las entidades gestoras las que han recurrido y postulado que el límite de los efectos económicos debía situarse en la fecha de publicación oficial de la STJUE. El artículo 60 de la LGSS que excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento objeto de consideración por el TJUE se ha declarado





constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, que estableció que ese principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros de que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato. De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la directiva. De esta forma, la norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a ubicar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante –efectos *ex tunc*–, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre que se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichas exigencias se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres. Sucede, sin embargo, que en el actual litigio concurren diversos condicionantes que vedan esa proyección de efectos. Pero reparando, en todo caso, en que la singularidad de tales condicionantes no constituye en modo alguno una limitación temporal de una disposición calificada de ilegal, sino que responde a la necesidad de respetar, por una parte, el principio dispositivo y, por otra, los principios de congruencia de las sentencias y defensa de las partes intervinientes en el procedimiento. Esas posiciones procesales condicionan irremediabilmente los términos de enjuiciamiento, pues la decisión nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme. La solución, por tanto, será la de confirmar la sentencia recurrida que declaró que los efectos retroactivos debían limitarse a los 3 meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud del complemento por el pensionista, debiendo descartarse, por lo expuesto, que el límite se sitúe en la fecha de publicación oficial de la STJUE.

(STS, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2022, rec. núm. 2872/2021)

## No es posible introducir por primera vez en el recurso de suplicación la pretensión de que se declare la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad, ya que esta no forma parte del orden público procesal

**Prohibición de cuestiones nuevas. Introducción por primera vez en el recurso de suplicación de la pretensión de que se declare la nulidad del despido basada en la vulneración de la garantía de indemnidad.**

En la presente litis, el demandante no alegó en la instancia la vulneración de la garantía de indemnidad, por lo que el Juzgado de lo Social no pudo examinarla. Fue por primera vez en el recurso de suplicación cuando la invocó. Hay que tener en cuenta que, como regla general, en los recursos extraordinarios de suplicación y casación no pueden examinarse las denominadas «cuestiones nuevas», porque el objeto de los citados recursos no consiste en volver a enjuiciar la cuestión de fondo, sino en examinar la corrección de la sentencia de instancia a la vista de los motivos previstos en la LRJS, lo que excluye que puedan suscitarse cuestiones que no fueron alegadas ni examinadas por el órgano judicial de instancia. El criterio general de la inadmisibilidad de cuestiones nuevas tiene su fundamento en el principio de justicia rogada, de manera que el recurso de casación ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter





extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería los principios de audiencia bilateral y congruencia. La prohibición de alegar cuestiones nuevas no se aplica a las materias de orden público procesal. Así, hay determinado tipo de materias respecto a las que no es aplicable el principio de justicia rogada, las cuales constituyen verdaderas excepciones al mismo, pues el juez o tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes. Obviamente, se trata de materias de derecho necesario que afectan de forma especialmente relevante al orden público del proceso, lo que obliga al juez o tribunal a velar específicamente por la observancia y cumplimiento del mismo. La más clásica y significativa de estas materias en las que el tribunal ha de entrar a resolver, aunque las partes no hayan formulado alegación alguna al respecto, es la relativa a la propia competencia jurisdiccional del mismo (sea por razón de la materia, sea objetiva, sea funcional o territorial). Pero, también, en relación con otros temas o instituciones existen excepciones al comentado principio dispositivo, debiendo los tribunales examinarlos de oficio. Uno de estos temas es, precisamente, el instituto de la caducidad, pues, desde mucho tiempo atrás, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica mantienen que dicho instituto puede y debe ser apreciado de oficio por los tribunales. La garantía de indemnidad, en cambio, no es una materia de orden público procesal, ya que no es indisponible para las partes, sino que, si el trabajador considera que su despido vulnera la citada garantía, debe alegarlo en tiempo y forma en la instancia, introduciéndolo en el debate litigioso y permitiendo que la parte demandada pueda ejercitar su derecho de defensa. En caso contrario, si no impugna el despido por haberla infringido, no puede alegarla por primera vez en suplicación, porque se trata de una cuestión nueva suscitada en dicho recurso extraordinario, lo que impide su examen.

(STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2022, rec. núm. 4633/2018)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

### Despido disciplinario de trabajadora afiliada a un sindicato. Requisitos del trámite de audiencia previa

**Despido disciplinario. Defecto de forma. Falta de audiencia previa al sindicato al que esté afiliada la trabajadora.**

Tres son los requisitos exigibles para que proceda el trámite de audiencia previa: que el trabajador esté afiliado a un sindicato, que el empresario conozca tal extremo y que haya delegados sindicales en la empresa. Lógicamente, el empresario solo está obligado a cumplir este trámite si efectivamente conoce la condición de afiliado de su trabajador, sin que se le obligue a realizar una labor de investigación al respecto. La carga de la prueba de que conocía tal circunstancia recae sobre el trabajador sancionado que alega el incumplimiento del trámite de audiencia. Este requisito afecta exclusivamente a los despidos disciplinarios y no se hace extensivo a otras extinciones, como, por ejemplo, los despidos por causas objetivas. En la demanda por despido disciplinario, además de los requisitos generales, se debe expresar la afiliación del trabajador en caso de que alegase la improcedencia del despido por haberse realizado este sin cumplir con el trámite de la audiencia previa de los delegados sindicales. La razón de ser de este trámite es la conveniencia de que los trabajadores afiliados a un sindicato tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables. Por ello, no se trata de notificar un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución, sino comunicar un proyecto de sanción o despido, en cuya decisión en firme puede influir la información que el delegado sindical proporcione al empresario sobre determinados aspectos o particularidades







de la conducta y de la situación del trabajador afectado. Debe llevarse a cabo la audiencia previa con la debida antelación, pues se trata de un trámite destinado a influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria. Por lo tanto, no puede considerarse tal una mera comunicación de la decisión de sanción efectuada el día anterior a hacerla efectiva. En cuanto a la notificación del expediente o de la sanción, puede efectuarse al delegado sindical o a la sección sindical, quien debe comunicárselo, a su vez, al delegado, y en cuanto al momento de efectuarla, debe llevarse a cabo con anterioridad a la eficacia del despido, considerándose suficiente que transcurra un plazo mínimo de 1 día, equivalente a 24 horas. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del trámite de audiencia previa, si bien la misma es preceptiva para garantizar el ejercicio del derecho de libertad sindical del trabajador afiliado so pena de nulidad de la sanción, sin embargo, cuando se impugna un despido disciplinario en el que se haya incumplido este requisito, este se calificará como improcedente. En cualquier caso, el trámite de audiencia previa no queda subsanado por el hecho de que una delegada sindical acompañara a la trabajadora durante la tramitación del expediente contradictorio que se incoo, ya que con el referido acompañamiento (que en ningún caso implica la comunicación a la delegada del proyecto de sanción ni que se le ofreciera la posibilidad de informar a la empresa sobre la conducta y circunstancias de la trabajadora) no se cumplen los requisitos exigidos jurisprudencialmente para cumplimentar este trámite legal, según el cual debe llevarse a cabo la audiencia por escrito y con la debida antelación para que cumpla su finalidad garantista.

(STSJ de Canarias/Tenerife de 14 de julio de 2021, rec. núm. 172/2021)

## La pretendida integración de la perspectiva de género en el cálculo del *quantum* indemnizatorio derivado de accidente de trabajo

Accidente de trabajo. Indemnización por daños morales. Perjuicio por pérdida de la calidad de vida. Integración de la perspectiva de género en la interpretación del artículo 54 del Real Decreto legislativo 8/2004, texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, donde se definen las actividades de desarrollo personal que pueden verse afectadas por el menoscabo derivado del accidente. Patrón de lo humano asociado a los valores masculinos. Trabajadora que es declarada en incapacidad permanente absoluta debido a su sensibilización alérgica a los ácaros y a los productos utilizados en su actividad de limpiadora.

Entiende la sala que dicho precepto es neutro y, por tanto, no encierra un patrón de actividades eminentemente masculino, por lo que no necesita ser integrado para su interpretación, al no advertirse impacto negativo de género cuando describe las actividades (ocio, *hobbies*, trabajo remunerado) que han de tomarse en cuenta para verificar el grado de afectación en el desarrollo de la vida personal. No se da, por tanto, el presupuesto para acudir a la integración: la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado. **Voto particular.** Se deben extremar la cautelas interpretativas de una norma que para valorar el daño y la correspondiente indemnización, entre las actividades de desarrollo personal, excluye el trabajo de los cuidados familiares –no remunerados–, mayoritariamente desempeñados por mujeres, por lo que exigir a la trabajadora, víctima del accidente de trabajo, como pretenden la empresa y la compañía aseguradora, la aportación de prueba de la realización de actividades deportivas o de ocio externo, o bien la realización de una actividad profesional cotizable, para cuantificar al alza la indemnización, perjudica más al sector de la población femenino que al sector masculino, porque ellas siguen sosteniendo, mayoritariamente, el trabajo (invisible) de cuidados familiares y las tareas del hogar.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2021, rec. núm. 115/2021)

## RETA. Incremento anticipado de las bases de cotización para lucrar mayores prestaciones ligadas a la maternidad: la ley lo permite y el principio contributivo lo deniega

RETA. Prestación por maternidad. Fraude de ley. Principio de contributividad. Incremento de la base de cotización de la trabajadora mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, unos meses antes del parto, duplicando prácticamente su importe.

Aunque legalmente es innegable la posibilidad del autónomo de novar las cotizaciones en todo momento, lo cierto es que su absoluta permisividad y su consiguiente eficacia para futuras prestaciones favorecen estrategias que mal se compadecen con el principio contributivo que, en mayor o menor medida, informa nuestro sistema de Seguridad Social y que garantiza su viabilidad y eficacia, y, en el presente caso, la solicitud de modificación se efectúa desde una situación próxima a la maternidad, sin realización de actividad laboral alguna desde el mes de septiembre de 2018 (mes de inicio de la IT), lo que evidencia una voluntad exclusivamente de lucrar una mayor prestación, sin que exista dato alguno que permita afirmar que el incremento obedecía a la finalidad de asimilar sus bases de cotización a sus verdaderos ingresos o rendimientos como trabajadora autónoma. No se han acreditado circunstancias objetivas que puedan justificar una elevación tan considerable de la base de cotización, ni que ello se hiciera con la finalidad de acomodar la base de cotización a sus ingresos como autónoma, que es el criterio inspirador de la posibilidad de elevar la base de cotización a que la norma legal se refiere. **Voto particular.** Se entiende que dicha interpretación supone una discriminación directa por razón de sexo, dado que la normativa permite a las trabajadoras autónomas modificar hasta en cuatro ocasiones la base de cotización a lo largo de cada ejercicio anual; no hay norma alguna en el ordenamiento que prohíba el aumento de cotizaciones antes y/o durante el embarazo, por lo que no existe conducta dirigida a obtener un resultado prohibido (ex art. 6.4 CC): la sentencia recurrida no identifica la norma defraudada; y, por último, la IT no es, en principio, una situación previsible, pues ello supone introducir un estereotipo de género, consistente en considerar que las mujeres en situación de embarazo planean situaciones de IT ficticias para cuidar de sus hijos/as.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2021, rec. núm. 2184/2021)