



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de septiembre de 2023)

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

Complemento de maternidad por aportación demográfica para solicitantes masculinos: su denegación sistemática por el INSS aboca al reconocimiento de una indemnización adicional

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Complemento por maternidad. Aportación demográfica. Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión únicamente para las mujeres. Sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia (asunto C-450/18) que permite declarar que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo. Práctica administrativa consistente en seguir aplicando esa norma a pesar de dicha sentencia, denegando sistemáticamente a los hombres la concesión del complemento, obligándoles a reclamar en vía judicial. Discriminación distinta. Indemnización adicional. Reembolso de los gastos relativos a las costas y los honorarios de abogado. Padre de dos hijos que tiene reconocida por el INSS una prestación de incapacidad permanente absoluta, con efectos a partir del 10 de noviembre de 2018, que no solicitó expresamente ni se le reconoció de oficio el derecho al complemento referido. Solicitud posterior denegada por la Administración en aplicación del Criterio de gestión 1/2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

Una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría. Semejante obligación incumbe, por lo demás, no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen. Así, una resolución por la que se deniega a los hombres la concesión del complemento de pensión litigioso, adoptada de conformidad con semejante práctica administrativa, genera una discriminación relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento. En virtud del artículo 6 de la Directiva 79/7, los Estados miembros están obligados a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada debido a una discriminación por razón de sexo pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional, después de haber recurrido, en su caso, a otras autoridades competentes. Esta obligación implica, para restablecer la igualdad, garantizar una tutela judicial efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al organismo que haya cometido la discriminación. En cuanto a la reparación pecuniaria adecuada, no cabe ignorar los gastos en que el interesado ha tenido que incurrir como consecuencia de habersele aplicado requisitos procedimentales discriminatorios, incluidas, en su caso, las costas y los honorarios de abogado relativos a los procedimientos judiciales necesarios para hacer valer sus derechos. Carece de relevancia a este respecto que al órgano jurisdiccional nacional no le sea posible, en virtud de las normas procesales españolas en materia de derecho laboral, condenar en costas al organismo responsable de la discriminación de que se trata en el litigio principal (INSS), puesto que la indemnización que cubre las costas y los honorarios de abogado no está comprendida en el ámbito de aplicación de dichas normas procesales, sino que forma parte de la reparación íntegra del interesado y exigida por la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia.

(STJUE, Sala Segunda, de 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

No vulnera el derecho a la libertad sindical la empresa que sustituye el correo electrónico como cauce para distribuir información sindical por una *app* con superior funcionalidad y fácil accesibilidad

Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Empresa que elimina el sistema de comunicación sindical a través del correo electrónico sustituyéndolo por una aplicación informática para dispositivos móviles y tabletas.

La remisión de informaciones o comunicados a sus afiliados y a la generalidad de la plantilla es una manifestación de la libertad sindical, y la empresa debe permitir a los sindicatos utilizar a esos efectos, si lo posee, el sistema de comunicación electrónica con su personal. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, sino que caben restricciones, que deben justificarse, sea en el sobrecoste para la empresa, sea en la perturbación de la actividad productiva, sea en cualesquiera otras circunstancias que aboquen a su negación o restricción. En el caso analizado, la empresa aporta 4 motivos para dar por cumplido ese deber de justificación: 1) los cambios tecnológicos normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales; 2) no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; 3) las funcionalidades de la *app* compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores; y 4) ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos. Además, no ha quedado acreditado que exista una restricción o impedimento para que el sindicato realice envío de correos electrónicos personalizados.

(STS, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2023, rec. núm. 100/2021)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

Planes de incentivos en el Convenio colectivo estatal de *contact center*: nulidad de diversas cláusulas por discriminación directa, indirecta y por asociación

Conflicto colectivo. Derecho a la igualdad y no discriminación. Discriminación por enfermedad. Discriminación por asociación. Convenio colectivo estatal de *contact center*. Empresa dedicada a la realización de campañas telefónicas que confecciona un plan de incentivos en el cual se hace depender el percibo de una prima de unos determinados índices de absentismo, teniendo incidencia negativa el ejercicio de derechos como la ausencia por IT o el reconocido en convenio colectivo de utilización de permisos de acompañamiento a consultas médicas a menores o mayores de 65 años. Por otro lado, también tiene incidencia negativa el haber recibido una sanción, aviso, escrito o amonestación. Discriminación por edad o condición de salud.

Resulta evidente que a aquellos trabajadores que, por encontrarse en IT, hubieran superado los índices de absentismo exigidos en el plan, se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado periodos de IT en el tramo temporal de referencia. Este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra y que le resulta impeditiva para trabajar, de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022. Al resultar contraria por discriminatoria en aplicación de la Ley 15/2022, la medida empresarial debe declararse nula. **Discriminación indirecta. Permiso no retribuido de acompañamiento a consultas médicas.** La neutra decisión de que el disfrute de ese derecho convencional compute para la fijación del índice de absentismo objetivamente pierde su neutralidad desde el momento en que coloca al colectivo femenino en situación



desigualitaria frente al masculino, por razón de ser las mujeres quienes hacen un uso masivo del permiso en comparación con el colectivo de hombres trabajadores. Y como quiera que por el empresario no se aporta ninguna justificación objetiva de la decisión adoptada relativa a que los permisos no retribuidos del artículo 31 del convenio se tengan en cuenta para determinar el absentismo, tal medida debe calificarse de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa, declarándose la nulidad de la cláusula. **Discriminación por asociación.** Concorre, además, esta discriminación pues tanto si el acompañamiento a consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva (*v. gr.*, controles médicos, análisis, vacunaciones, etc.), se estaría discriminando al acompañante, el trabajador que hace uso de este permiso, por su relación con el destinatario de la consulta médica. Relación además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado. En definitiva, también se estima que existe en la decisión empresarial una conducta discriminatoria por asociación. **Imposición de sanciones con repercusión en los incentivos.** Supone una multa de haber, proscrita por el artículo 58.3 del TRET.

(SAN, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2023, núm. 80/2023)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Estación de servicio que obliga por igual a su personal a llevar una camiseta con una leyenda a la altura del pecho. No existe discriminación indirecta por el hecho de que las mujeres se sientan incómodas y observadas

Ropa de trabajo. Empresa (estación de servicio) que impone como uniforme de verano para todos sus empleados una camiseta de color violeta con la palabra **EVOLOGIC** inscrita a la altura del pecho, así como la leyenda «Pregúntame por el carburante más avanzado del mercado». Posible cosificación de la mujer al provocar que algunos clientes dirigieran su mirada hacia los pechos de las empleadas. Discriminación indirecta. Imposición a la empresa de multa de 25.000 euros por la comisión de una infracción muy grave.

Corresponde al empresario la determinación del uniforme que deben llevar los trabajadores y su cambio si, como aquí acontece, se inicia una promoción de venta. En el caso analizado, las camisetas eran las mismas que las ofertadas a los trabajadores de sexo masculino, por lo que la única cuestión a determinar es si las características anatómicas femeninas comportan una circunstancia que puesta en relación con el logo con el que se configuran las camisetas promocionales, impreso a la altura del pecho, implica una situación de sexualización o cosificación respecto de la mujer. Es preciso señalar que las camisetas eran las mismas para todos, sin que fueran más escotadas o ceñidas las de las trabajadoras. En cuanto a la circunstancia de que, por la propia constitución femenina, para leer la leyenda debiera dirigirse la mirada a los pechos de la mujer, no puede sino señalarse que lo mismo acontecía con el logo de la empresa que normalmente se ha venido utilizando en las camisetas ordinarias, así como tal circunstancia puede evidentemente darse respecto del distintivo que cada trabajadora llevaba y en el que constaba su nombre a efectos identificativos, sin que ello haya producido molestia alguna. Circunstancia distinta sería si la empresa hubiera determinado un tallaje concreto para las trabajadoras, imponiéndolo. Ahora bien, en el caso de autos se da por probado que eran los propios trabajadores tanto masculinos como femeninos los que escogían la talla que más les convenía, pudiendo las trabajadoras elegir tallas que fueran más amplias y no comportaran un mayor resalte de la anatomía femenina. Tampoco puede desconocerse que la empresa facilitó la posibilidad de que, aun habiendo elegido una determinada talla, si la trabajadora no se encontraba cómoda con ella, podía cambiarla por otra más holgada. Por último, es preciso reconocer que el logo al que se hace referencia en las camisetas carece de dibujo alguno que pudiera calificarse de sexualizante y, además, su contenido





es ajeno a toda consideración sexista. Considerar que el mero hecho de que en las camisetas exista una grafía en la zona del pecho constituye, *per se*, un reclamo sexual en la trabajadora y no en el trabajador implica un juicio moral y una anatemización del cuerpo de la mujer; idea esta que contradice manifiestamente el principio de igualdad de hombres y mujeres. No hay que olvidar que en muchas otras profesiones se produce la existencia de logos en la parte del pecho de las camisetas, tal como acontece con la práctica de los deportes sin que la circunstancia alegada de que se llevan más holgadas pueda ser diferenciadora, ya que en el caso de autos también las trabajadoras podían elegir la talla y, por lo tanto, obtener una más amplia. Procede revocar la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por la empresa y confirmó la sanción administrativa por la que se le imponía una sanción de 25.000 euros derivada de la calificación de la actuación empresarial como discriminación por razón de sexo.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2023, rec. núm. 4507/2022)

Discriminación por enfermedad: aplicación retroactiva de la Ley 15/2022 a los planes de incentivos de empresa por penalizar el absentismo derivado de IT

Conflicto colectivo. Derecho a la igualdad y no discriminación. Enfermedad y condición de salud. Planes de incentivos en la empresa. Minoración por absentismo. Incapacidad temporal. Aplicación retroactiva de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Empresa que implanta de forma unilateral unos planes de incentivos por campañas, introduciendo como elemento de penalización el absentismo derivado de situaciones de incapacidad temporal.

Introducir la variable de la IT en el cómputo de las ausencias puede traer como consecuencia que los trabajadores opten por no acudir al médico para solicitar una baja, aun estando enfermos, para poder cobrar un incentivo que ya han generado y provoca una discriminación por enfermedad para el trabajador que lo sufre. **Pretensión de la empresa de que se reconozca que los planes de incentivos son legítimos hasta la promulgación de la Ley 15/2022.** Considera la sala que la nueva ley, en lo que se refiere a la ampliación del ámbito subjetivo de la tutela antidiscriminatoria, sí puede y debe aplicarse a las situaciones anteriores a su entrada en vigor. La disposición transitoria única es exclusivamente procedimental, es decir, a un procedimiento sancionador iniciado con anterioridad a la entrada en vigor no podrá aplicársele el nuevo régimen. Por el contrario, entiende que nada debe impedir que la ampliación de la tutela antidiscriminatoria a causas de nuevo reconocimiento, como ahora la enfermedad y condición de salud, se aplique también a hechos o situaciones, despidos incluidos, anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley. Y ello por cuanto la nueva ley no inventa o genera nuevas causas de discriminación, sino que –como señala el primer párrafo del apartado II del preámbulo– viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen, esto es, incorpora explícitamente en el marco jurídico de la tutela antidiscriminatoria causas de discriminación ya existentes en la sociedad. Se confirma la sentencia de instancia en el sentido de entender como contrarias a derecho por discriminatorias por razón de enfermedad y sexo las prácticas empresariales, en los planes de incentivos afectados, de computar como absentismo los periodos de IT, IT relacionada con el embarazo e IT por riesgo durante el embarazo, con efecto de octubre de 2021, con los intereses correspondientes. **Convenio colectivo estatal de contact center. Permisos no retribuidos.** Se declara contraria a derecho y por tanto nula o anulable la práctica o regla empresarial consistente en penalizar con la pérdida o minoración de los incentivos el absentismo, cuando las ausencias estén justificadas por ampararse en el artículo 29 del Convenio de *contact center* (aunque excedan las 35 horas previstas en el plan de igualdad).

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2023, rec. núm. 1639/2023)

Indisciplina o desobediencia en el trabajo. No puede sancionarse con despido la conducta que conforme a convenio se califica de falta grave sancionable con suspensión de empleo y sueldo

Despido disciplinario. Desobediencia a la orden dada por un superior respecto a la fecha de disfrute de las vacaciones.

El poder sancionador y disciplinario, que es facultad empresarial consagrada en el ordenamiento jurídico laboral, está sometido a los principios de tipicidad e imputabilidad de la falta y legalidad de la sanción. El artículo 58 del ET atribuye al empresario la facultad de imponer al trabajador la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones, encuadrando la conducta en alguno de los supuestos en aquella y calificando la conducta como falta leve, grave o muy grave. Ahora bien, tratándose de la sanción de despido, es necesario que quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en el derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo imponerse otras sanciones distintas si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave. En este contexto hay que tener en cuenta que el convenio colectivo prevalece por el principio de norma especial, de manera que no puede sancionarse con despido la conducta que conforme a la norma derivada de la negociación colectiva se califica de falta grave sancionable con suspensión de empleo y sueldo, pues esa es la voluntad que tuvieron tanto la parte empresarial como los trabajadores, con la finalidad de lograr el punto intermedio en el que está la paz social. Por lo tanto, el ET es un máximo, pero las partes pueden regular un régimen inferior y en el caso de que así lo hagan, como ocurre en esta ocasión, este es el que procede aplicar.

(STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2023, rec. núm. 1216/2022)

Los despidos reactivos a una baja por IT: la nulidad y la indemnización (abultada) como posibles consecuencias

Despido. Trabajador en incapacidad temporal (IT). Discriminación por razón de enfermedad. Despido efectuado estando en vigor la Ley 15/2022. Trabajadora que mantiene una conversación en WhatsApp, reconocida por las partes, poniendo en conocimiento de su jefe que ha causado baja y procediendo a enviarle un pantallazo de la misma a las 10 de la mañana, recibiendo sobre las 12 horas notificación de despido con reconocimiento de improcedencia, no argumentando la empresa causa alguna.

No conviene olvidar que hasta la Ley 15/2022 la enfermedad, por sí misma, en el ordenamiento jurídico español, tan solo era causa de improcedencia del despido y no de nulidad, en la medida en que dicha situación no estaba incluida entre los elementos de discriminación establecidos por la ley y para que la enfermedad pudiera ser base para sustentar la nulidad debía constituir un elemento de estigmatización o segregación de quienes la padecen respecto al resto de quienes prestan servicios en el mismo centro o empresa. Ahora, el despido sin causa del trabajador en situación de IT, en determinados supuestos, puede ser constitutivo de lesión del derecho fundamental a la integridad física. La decisión de despido comportó indiscutiblemente una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud (art. 43 CE) y el del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE), lesiva del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la CE. Por todo ello, en el caso concreto hoy decidido se concluye que, con la nueva normativa, producida la discriminación por causa de enfermedad o condición de salud, al haber causado baja médica y ante la ausencia total de justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad por la empresa, que no recoge causa ni dato alguno al respecto en la carta de despido, procede la declaración de nulidad, con los efectos legales inherentes a dicha declaración y a la indemnización de daños y perjuicios que en dicha ley se contempla. **Indemnización por daños morales.** El artículo 183 de la LRJS viene a atribuir a la indemnización –por atentar contra derechos fundamentales– no solo una función resarcitoria, sino también la de prevención general. Se confirma la cuantía reconocida en instancia respecto al concreto importe de la indemnización por daños morales, que alcanza la cuantía de 5.000 euros.

(STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2023, rec. núm. 416/2023)

Despido de trabajadores enfermos: el reconocimiento de la improcedencia y la ausencia de una causa clara en la carta de despido no siempre es un indicio de discriminación

Despido disciplinario. Discriminación por enfermedad. Inversión de la carga de la prueba. Pretensión de nulidad. Despido acaecido una vez vigente la Ley 15/2022. Empresa que tiene conocimiento de la enfermedad que padece la trabajadora con carácter previo a su contratación, habiendo sido aquella diagnosticada de cáncer de mama y sometida a intervención quirúrgica y tratamiento. Carta de despido en la que la empresa reconoce su improcedencia y no incluye una explicación suficiente de la causa.

El nudo gordiano del litigio no se encuentra en si la situación de la trabajadora se puede calificar de discapacidad por padecer una enfermedad de larga duración o de previsible larga duración, pues la aplicación de la Ley 15/2022 permite eludir esa cuestión y aplicar indistintamente la discapacidad o la enfermedad como eventuales causas de discriminación. El nudo gordiano del litigio se encuentra, sin embargo, en que no se ha acreditado ningún indicio de discriminación, tanto si la causa es la discapacidad como si es la enfermedad. El régimen de ambas causas de discriminación (discapacidad o enfermedad) no difiere sustancialmente, pues el despido de una persona trabajadora con discapacidad o enferma no conduce de manera automática a la calificación de nulidad. En ambos casos, y como además ocurre con las demás causas de discriminación (salvo que su protección legal esté reforzada con una prohibición de despido automático), la nulidad exige acreditar que el despido se produjo por causa de discapacidad o enfermedad. Hemos de partir de que, cuando la trabajadora fue contratada por la empleadora, esta ya conocía su enfermedad. Por lo tanto, la enfermedad no impidió la contratación. Tampoco consta que durante la vigencia de la relación laboral se hubieran producido circunstancias que, por causa de la enfermedad o de su tratamiento, hubieran afectado al desempeño del trabajo. De hecho, la trabajadora no ha estado en situación de IT a lo largo de la vigencia de la relación laboral, ni en concreto lo estaba, ni se acreditó que fuera previsible que lo estuviese, en el momento de comunicación del despido (casi un año después de su contratación), lo que excluye la idea del despido reactivo a una baja por IT. A lo que se agarra la recurrente como indicio de discriminación es a que la empleadora reconoció el despido como improcedente en el mismo momento en que se le comunicó. Pero esto supone confundir lo que es la vulneración de la legalidad constitucional con lo que es la vulneración de la legalidad ordinaria: un despido puede ser procedente o improcedente, y en cualquiera de los dos casos, puede ser discriminatorio o no. Consecuencia de esa distinción, la empresa, una vez se acreditan indicios o principio de prueba de discriminación, no está obligada a acreditar que el despido es procedente, sino que a lo que está obligada es a justificar su actuación en causas objetivas, suficientemente probadas, aplicadas proporcionalmente y sin relación con las causas de discriminación invocadas. En todo caso, todo esto (que no es lo mismo que probar la procedencia del despido) pertenece a la segunda parte de la argumentación en los supuestos de alegación de discriminación, es decir, una vez aportados indicios de su existencia (primera parte de la argumentación). En el caso se produce una inexistencia de indicios de discriminación y, por tanto, no concurre una inversión de la carga de la prueba. Se confirma la improcedencia del despido declarada en instancia.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2023, rec. núm. 1527/2023)

Trabajo a domicilio. Sector de *contact center*. Es accidente de trabajo la caída sufrida en casa durante la pausa de 5 minutos en PVD cuando la trabajadora se dirigía a la cocina a coger un vaso de agua

Incapacidad temporal. Determinación de la contingencia. Sector de *contact center*. Trabajo a domicilio. Trabajadora que durante la pausa de 5 minutos en PVD sufre una caída (con resultado de esguince de tobillo) al levantarse para ir a la cocina a coger un vaso de agua.

En este concreto caso, la trabajadora estaba desarrollando el trabajo en su domicilio, supuesto que contempla el artículo 13.1 del ET, vigente en el momento en que se produce el accidente, llevándolo a cabo como si se realizara en el centro de trabajo y sin suponer variación en sus condiciones laborales, tal y como consta en el acuerdo firmado con la empresa, y en una pausa del mismo se levantó a beber agua a la cocina, actividad normal dentro de la vida del trabajo, produciéndose igualmente en el





supuesto de estar llevando a cabo la prestación de servicios en el centro de trabajo de la empresa, pues es algo normal y frecuente desplazarse por el mismo para acudir al WC o a los dispensadores de agua o a las máquinas expendedoras de bebida, dentro de la jornada laboral, teniendo lugar en ese momento el evento dañoso del cual derivó la situación de incapacidad temporal, al torcerse el tobillo derecho. Por lo tanto, el accidente tuvo lugar en el centro de trabajo y dentro de la jornada laboral, sin que se haya acreditado la ruptura de la necesaria relación de causalidad entre la actividad desempeñada y el hecho dañoso, lo que comporta que debe ser aplicada la presunción contenida en el artículo 156.3 de la LGSS.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2023, rec. núm. 1012/2022)

Trabajador en situación de IT por dolor lumbar. ¿Los esfuerzos físicos en el proceso final de curación son causa de despido?

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe y abuso de confianza. Trabajador en situación de IT derivada de enfermedad común por patología/dolor lumbar que durante 3 días realiza tareas relacionadas con la reforma de una vivienda, tales como comprar y trasladar material, cargarlo, colocar maquinaria, utilizar herramientas, etc.

No toda actividad realizada por el trabajador durante la situación de IT justificaría el despido, distinguiendo en tal sentido dos categorías distintas, por un lado, aquellas que, por resultar incompatibles con el proceso patológico que justificó la baja médica, pongan de manifiesto la simulación de aquel y el propósito de fraude en la obtención del reconocimiento de la situación de baja, así como en su mantenimiento, y, por otro, aquellas actividades que resulten incompatibles con la eficacia de los tratamientos prescritos, viniendo a retrasar o a impedir el resultado predicable de los mismos y la recuperación del afectado. Siempre y en todo caso, dada la abundante casuística que se puede presentar, se impone el análisis individualizado de cada caso concreto. En el que ahora se analiza, al momento de acontecer los hechos, la situación patológica del actor se encontraba prácticamente resuelta, habiéndosele recomendado por su fisioterapeuta que ya podía empezar a trabajar poco a poco, por lo que aquellos no pueden considerarse subsumibles en la conducta grave y culpable imputada como constitutiva de la imposición de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral. Y ello por cuanto que de los datos acreditados es imposible poder concluir en la alegada concurrencia de una simulación de las dolencias padecidas a fin de ubicarse fraudulentamente en la situación de IT, ya que dicha situación le fue reconocida por los servicios sanitarios públicos con base en la realización de las oportunas pruebas médicas de carácter netamente objetivo, evidenciadoras de la realidad de la patología sufrida y de las consecuencias limitativas de la misma. Sin que tampoco la actividad desplegada ponga de manifiesto, de forma palpable, la perturbación de su normal curación, poniéndola en peligro, siendo así que se encontraba en el proceso final de esa curación, y prácticamente recuperado de su patología lumbar. No consta, por lo tanto, la concurrencia del quebranto de la buena fe contractual en el que se sustenta la causa del despido, lo que justifica su calificación como improcedente.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2023, rec. núm. 471/2023)

Futbolistas profesionales que sufren una lesión grave con más de 30 años. La edad no puede ser un elemento determinante para denegar el acceso a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual

Incapacidad permanente total para la profesión habitual. Futbolista profesional que sufre una lesión grave de rodilla a los 32 años. Denegación en instancia al valorarse no solo las exigencias de la actividad deportiva, sino también las características propias del interesado.

No cabe duda de que el actor, sin perjuicio de que es mayor de 30 años, no puede verse privado por razón de la edad de la posibilidad de continuar su vida profesional deportiva, de lo que se ve apartado por razón de una lesión que le produce importantes





limitaciones funcionales y que, si bien no le impide el ejercicio de otro tipo de actividad que no precise de un importante componente físico, sí que le impide la actividad de futbolista, que era la profesión que tenía el demandante cuando sufre la lesión y las limitaciones, pues esa actividad requiere de la flexoextensión de ambas rodillas y no es apto para sobrecargas de la rodilla derecha, que son necesarias en ambas piernas, pues esa merma no le permite, en condiciones de eficacia y continuidad, su ejercicio. Además, no se cuestiona que el demandante sea futbolista profesional, ni que cuando sufre el accidente de trabajo ejercía dicha profesión, ni tampoco cuando interesó el reconocimiento de la incapacidad permanente total, además de ser la profesión que consta ejercida de forma más prolongada (en el caso, no consta que haya ejercido otra). Partiendo de ello, ha de discreparse de la solución dada por la sentencia recurrida en razón exclusivamente a la edad del actor de 32 años, que presupone finalizada su vida profesional activa por esta circunstancia y no por causa de la incapacidad física, ya que (como señala la STS de 20 de diciembre de 2026, rec. núm. 535/2015) no existe norma alguna que exija, para el acceso a la incapacidad permanente total, que se sea futbolista de élite, con exclusión de los que ejercitan su profesión a una edad superior a los 30 años. Resulta de todo punto razonable que se pueda ejercer la profesión de futbolista pasada la treintena, lo que comporta que se deba reconocer el grado de invalidez pretendido de incapacidad permanente total.

(STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2023, rec. núm. 162/2022)

JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

El efecto perverso de la menor representación de mujeres en el RETA determina la compatibilidad de prestaciones de incapacidad permanente total generadas en el RGSS conforme a distintas y sucesivas cotizaciones

Acción protectora de la Seguridad Social. Compatibilidad de dos prestaciones de incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT) reconocidas en el RGSS, generadas con distintas cotizaciones. Discriminación indirecta por razón de sexo.

Nuestro actual sistema legal, con arreglo a la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial, permite compatibilizar dos prestaciones por IPT reconocidas en distintos regímenes, incluso con base en las mismas lesiones, pero prohíbe percibir dos prestaciones de IPT, proyectadas sobre diferentes profesiones, reconocidas en el RGSS. Y ello, aunque ambas prestaciones se hayan generado con distintas y sucesivas cotizaciones, como es el caso de la demandante. Esta situación puede generar una discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que la regla sobre incompatibilidad de prestaciones, aparentemente neutra, únicamente distingue por regímenes. Así, mientras que en el RGSS la proporción por sexos está bastante equilibrada, en el RETA las mujeres tienen una representación menor, lo que en absoluto se corresponde con el volumen que representa la población femenina en el total nacional ni en el colectivo de personas activas. Así las cosas, si la compatibilidad de prestaciones solamente es posible respecto de las ganadas en diferentes regímenes (normalmente el RGSS y el RETA), y la proporción de hombres en el RETA es muy superior a la de mujeres, podemos llegar a la conclusión de que el reconocimiento de la compatibilidad de prestaciones será mucho más factible en caso de los hombres que de las mujeres. La aplicación de la normativa sobre incompatibilidad de prestaciones perjudicará porcentualmente en mayor medida a las mujeres que a los hombres, sin que haya una razón objetiva para ello. Lo anterior implicaría no solo una discriminación indirecta por razón de sexo, sino, además, también, y puede que principalmente, por razón de género, pues la menor presencia de la mujer en el RETA es reflejo de la mayor dificultad para el emprendimiento autónomo de una actividad productiva que tradicionalmente le ha deparado el rol socialmente asumido de cuidadora y ama de casa, todavía no





totalmente desterrado. Lógico resulta, entonces, que la integración en el mercado laboral con tan adversas circunstancias haya sido, mayoritariamente, en trabajos por cuenta ajena. Como no se disponía de una alternativa de interpretación de la norma que permitiera superar esta situación, se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE, quien dio respuesta en Sentencia de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20, señalando que debían cumplirse dos premisas a efectos de determinar una efectiva discriminación indirecta por razón de sexo. La primera que la normativa de aplicación 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. La segunda que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. En el primer caso, si tomamos como fecha septiembre de 2022, que es la que se tomó como referencia al elevar la cuestión prejudicial, el número total de trabajadores varones de alta en el RGSS y en el RETA era de 10.635.429 (7.576.250 en el RGSS y 3.059.179 en el RETA). Mientras que las mujeres eran 8.125.739 (7.019.729 en el RGSS y 1.106.010 en el RETA). En total son 18.761.168 personas, el 56,68 % hombres (10.635.429) y el 43,31 % mujeres (8.125.739). Sin embargo, si volvemos al colectivo de personas a las que se les ha reconocido dos o más pensiones de IPT, el porcentaje de varones es mucho mayor, el 61,21 %, frente al 38,79 % de mujeres. Diferencia que puede tener varias explicaciones, pero quizás la más evidente sea porque todavía la edad media de la mujer en situación de alta en la Seguridad Social es menor por su progresiva incorporación al mercado laboral, siendo la diferencia de porcentajes entre trabajadores varones y mujeres de alta en la Seguridad Social mayor a medida que mayor es la edad. Y, por también evidentes razones biológicas, son los trabajadores de mayor edad los más propensos al reconocimiento de una incapacidad permanente, más todavía si hablamos de dos o más pensiones de incapacidad permanente. Por tanto, no podemos limitar nuestro estudio al colectivo de personas trabajadoras a las que ya se les han reconocido dos o más pensiones de IPT, pues, por pura lógica, serán mayoritariamente varones y de avanzada edad. A criterio de este juzgador, hay otro dato que resultaría mucho más revelador, es el de personas trabajadoras que en la actualidad están compatibilizando dos o más pensiones de IPT. Se trata de 1.386 personas. De ellas, 1.060 son varones (el 76,47 %) y 326 mujeres (el 23,52 %). Son porcentajes que difieren, y en mucho, del correspondiente a personas de alta en la Seguridad Social (53,87 % varones y 46,13 % mujeres), y que evidencia que la actual normativa sobre compatibilidad de pensiones perjudica, y notoriamente, a las mujeres, dificultando en mayor medida su acceso a dos pensiones de IPT compatibles, por el desequilibrio de sexos en el RETA. Finalmente, en el segundo caso, es claro que consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación por razón de sexo, pues el mayor gasto generado por la percepción de dos pensiones de IPT es el mismo con independencia de que ambas se hayan reconocido en distintos o en un mismo régimen. Además, debe considerarse que el objetivo de preservar la subsistencia del sistema ya se conseguiría si se exige que ambas pensiones a compatibilizar se hayan ganado con distintas cotizaciones. Procede, por tanto, efectuar una interpretación conforme de la normativa nacional que considere la incompatibilidad entre dos prestaciones de IPT ganadas en el RGSS únicamente en el caso de que ambas se hayan generado con unas mismas cotizaciones. No siendo el caso de la demandante, ha de estimarse la pretensión principal.

(SJS núm. 26 de Barcelona, de 9 de enero de 2023, núm. 1/2023)