



Roj: **STSJ M 5001/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:5001**

Id Cendoj: **28079340022024100391**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **17/04/2024**

Nº de Recurso: **106/2024**

Nº de Resolución: **354/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm 14, 08-11-2023 (proc. 689/2023),
STSJ M 5001/2024**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2023/0075284

Procedimiento Recurso de Suplicación 106/2024-F

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Despidos / Ceses en general 689/2023

Materia: Despido

Sentencia número: 354/2024

Ilmos. Sres

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid a diecisiete de abril de dos mil veinticuatro habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 106/2024, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JUAN MANUEL GOMEZ MORENO en nombre y representación de D./Dña. Mauricio y por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación de MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION, contra la sentencia de fecha 8



de noviembre de 2023 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 689/2023, seguidos a instancia de D./Dña. Mauricio frente a MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION y con intervención del MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

Primero.- D. Mauricio , nacido el día NUM000 -1060, de nacionalidad etíope y NIE NUM001 , ha venido prestando servicios por cuenta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación desde el día 13-10-1993, con destino en la embajada de España en Addis Abeba, Etiopía, con la categoría profesional de guarda.

La relación laboral se ha desarrollado en virtud de contrato suscrito por las partes el día 13-10-1993, el cual obra como documento número 2 de los aportados con la demanda y 1 del expediente administrativo y que aquí se da por reproducido.

En dicho contrato se pactó una categoría de guarda; una jornada de 1826 horas al año y una retribución inicial anual de 1.300 dólares USA.

En la cláusula 4ª del contrato se estableció que "las disposiciones sobre seguridad y previsión social serán observadas de acuerdo con la legislación social de Etiopía".

En la cláusula 7ª del contrato se estableció que "Al trabajador le será de aplicación el régimen laboral establecido por la legislación de Etiopía y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el funcionamiento interno de las representaciones relacionadas con su actividad".

En la cláusula 8ª se estableció una duración del contrato indefinida estableciéndose que "en todo caso, el contrato se extinguirá el día en que el trabajador cumpla 65 años, momento en que pasará a la situación de jubilado".

En la cláusula 9ª, como causa de extinción del contrato, se incluyó el cumplimiento de la edad de 65 años y pasar a situación de jubilación.

En el año 2023, el salario mensual bruto de D. Mauricio ha ascendido a 667,77 euros por los conceptos salario y antigüedad.

Segundo.- En el año 1993, la legislación laboral vigente en Etiopía estaba constituida por la Proclamación Laboral núm. 42/1993, de fecha 20-1-1993.

En su capítulo segundo se regula la "extinción de la Relación Laboral", estableciéndose en su artículo 24 que el contrato se extingue, entre otras causas, "en el momento de la jubilación de conformidad con la legislación aplicable".

El artículo 27 regula los supuestos de "Despido sin preaviso", conteniendo una serie de causas de tipo disciplinario, en los que se establece como requisito de forma la notificación del despido por escrito especificando los motivos y la fecha de la rescisión.

El artículo 28 regula los supuestos de "rescisión con preaviso", conteniéndose como supuestos: a) la pérdida manifiesta de la capacidad del trabajador para realizar el trabajo; falta de aptitud como consecuencia de su negativa a aprovechar la oportunidad de formación preparada por el empresario para mejorar su aptitud o después de haber recibido formación preparada por el empresario para mejorar su aptitud o después de haber recibido formación, su incapacidad para adquirir la aptitud necesaria; el trabajador se encuentre, por motivos de salud o discapacidad , en situación de incapacidad permanente para cumplir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo; falta de voluntad del trabajador de trasladarse a una localidad a la que se desplace la empresa; el puesto del trabajador se suprime por causa justificada y el trabajador no puede ser trasladado a otro puesto.



En el artículo 43 se regula la "Reincorporación o indemnización en caso de rescisión ilegal". La norma prevé las siguientes consecuencias:

- En principio procede la readmisión, salvo que, teniendo el trabajador derecho a la indemnización, su deseo sea abandonar, en cuyo caso el tribunal puede ordenar el despido previo pago de una indemnización.
- El tribunal puede ordenar el despido previo pago de una indemnización cuando considere que la continuación de las relaciones particulares entre trabajador y empleador, por su naturaleza, puede dar lugar a graves dificultades.

En materia de indemnización, se regulan dos supuestos:

- a) 180 veces el salario medio diario y una suma igual a su remuneración durante el periodo de preaviso correspondiente, de conformidad con el artículo 44 en caso de rescisión legal de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, o bien;
- b) Una suma igual al salario que el trabajador habría obtenido si el contrato de trabajo hubiera durado hasta la fecha de su expiración o terminación, a condición, sin embargo, de que dicha indemnización no exceda de 180 veces el salario medio diario en caso de terminación ilegal de un contrato de trabajo por tiempo determinado o a destajo.

El artículo 44 establece que "no obstante las disposiciones de la sección 43, el incumplimiento por parte del empleador de los requisitos de preaviso especificados en la sección 35 sólo dará lugar al pago por parte del empleador o de salarios en lugar del periodo de preaviso, además de cualquier otra compensación prevista en la sección 40 de esta Proclamación".

En el año 2019 se emitió la Proclamación núm. 1156/2019 Sobre el Trabajo. En su artículo 3º se regula el ámbito de aplicación, previendo expresamente que "a menos que lo decida el Consejo de Ministros, mediante reglamento, o que un acuerdo internacional en el que Etiopía sea firmante establezca otra cosa, las relaciones laborales entre los ciudadanos etíopes y las misiones diplomáticas extranjeras u organizaciones internacionales en territorio etíope se regirán por la presente Proclamación".

En el artículo 24 de la Proclamación 1156/2019, se regula la "finalización del contrato de trabajo por mandato legal", indicando que "Un contrato de trabajo podrá finalizar por las siguientes razones:

1. Cuando se trate de un contrato de trabajo por obra o servicio, al completarse dicha obra y servicio;
2. En caso de fallecimiento del trabajador;
3. En caso de jubilación del trabajador de conformidad con la legislación pertinente;
4. En caso de que la empresa cierre de forma definitiva por quiebra u otra razón;
5. En caso de que el trabajador no pueda trabajar debido a una incapacidad parcial o total permanente".

El artículo 26, dentro de la Subsección 1, sobre Resolución del Contrato de Trabajo por parte del empleador, establece los Principios Generales en los siguientes términos:

"1. Solo podrá resolverse un contrato de trabajo cuando haya razones atribuibles a la conducta del trabajador o por circunstancias objetivas derivadas de su capacidad para haber su trabajo o de los requisitos de organización y operativos de la empresa.

2. Las siguientes razones no se considerarán legítimas para resolver un contrato de trabajo: a) afiliación del trabajador a un sindicato o participación en las actividades lícitas de éste; b) Interés en actuar como representante de los trabajadores o ejercicio de dicho cargo; c) presentación de una queja por parte del trabajador contra el empleador o participación de aquel en procesos judiciales o de otro tipo; d) la nacionalidad, el sexo, la religión, la opinión política, el estado civil, la raza, el color, la responsabilidad familiar, el estado de gestación, la discapacidad o la posición social del trabajador o trabajadora".

En la Sección Tres, se regula el "finiquito e indemnización", estableciéndose en el artículo 39 los principios generales en los siguientes términos: "1. Un trabajador que haya finalizado su periodo de prueba y no tenga derecho a pensión tendrá derecho a percibir el finiquito en los siguientes casos: a) si su contrato de trabajo ha finalizado por el cierre permanente de la empresa por quiebra u otra razón; b) si un contrato de trabajo ha quedado resuelto a iniciativa del empleador vulnerando la ley; c) si ha sido objeto de alguna reducción según las condiciones previstas en virtud de la presente Proclamación; d) cuando el trabajador haya dimitido por acoso o violencia sexual por parte del empleador o empleados con cargos de gestión; o cuando dicho acto lo haya cometido otro trabajador y, tras informar al empleador de ello, este no adoptara a su debido tiempo las medidas adecuadas; e) si ha finalizado su contrato de trabajo debido a una situación de maltrato por parte del



empleador que haya afectado a su dignidad humana o su moral o que constituya un delito en virtud del Código Penal; f) si ha dimitido debido a que el empleador no ha adoptado medidas a pesar de estar informado de las amenazas a su seguridad o salud; g) si su contrato de trabajo ha quedado debido a una discapacidad parcial o total certificada por un equipo médico; h) si ha prestado servicio al empleador por un mínimo de cinco años y su contrato de trabajo finaliza por enfermedad o muerte, o si su contrato finaliza a iniciativa propia siempre que no haya contraído ninguna obligación contractual de formación para prestar servicio al empleador; i) si su contrato de trabajo finaliza a iniciativa propia por VIH/sida".

El artículo 40 establece la "cuantía del finiquito" en los siguientes términos: "1. El finiquito referido en el artículo 39 de la presente Proclamación:

2. Será de 30 veces el salario diario medio de la última semana de servicio por el primer año de empleo; y para quienes hayan prestado servicio durante menos de un año, deberá calcularse la parte proporcional.

3. Si el trabajador ha prestado servicios durante más de un año, la cantidad indicada en el apartado 1 del presente artículo deberá aumentarse en un tercio por cada año adicional de servicio; siempre que la cuantía total no exceda su salario de 12 meses.

4. Si un contrato de trabajo finaliza de conformidad con los artículos 24.4 y 29 de la presente Proclamación, el trabajador deberá percibir, además de los pagos en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo, una cantidad igual a la del salario diario medio de la última semana de servicio multiplicando por 60".

El artículo 41 regula la indemnización por finalización de contrato de trabajo sin preaviso: "1. Un trabajador que finalice su contrato de trabajo de conformidad con el artículo 32.1 de la presente Proclamación tendrá derecho, además de a percibir el finiquito indicado en el artículo 40 de la presente Proclamación, a percibir una indemnización que será de 30 veces su salario medio diario de la última semana de servicio. Esta disposición se aplicará a un trabajador cubierto por la pertinente Ley de pensiones. 2. No obstante, si la finalización se basa en el artículo 32.1.b) el trabajador, además del finiquito, tendrá derecho a una indemnización de su salario diario multiplicado por 90. La presente disposición también se aplicará a un trabajador cubierto por la pertinente ley de pensiones".

La Sección Cuatro regula las "consecuencias de la resolución ilegal de un contrato de trabajo". El artículo 42 recoge los principios generales en los siguientes términos: "cuando un empleador o un trabajador incumplan los requisitos establecidos en la presente proclamación u otra ley pertinente en relación con la resolución de un contrato de trabajo, dicha resolución será ilegal".

El artículo 43 regula la "readmisión o indemnización de un trabajador en caso de resolución ilegal" en los siguientes términos: "1. Si un contrato de trabajo queda resuelto por alguna de las razones indicadas en el artículo 26.2 de la presente Proclamación, el empleador deberá readmitir al trabajador, siempre que el trabajador no prefiera ser indemnizado si desea abandonar su trabajo.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, si un contrato de trabajo queda resuelto contraviniendo lo dispuesto en los artículos 24, 25, 27, 28 y 29 de la presente Proclamación, la sala del juzgado encargado de resolver conflictos laborales podrá disponer la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, el juzgado de lo laboral podrá confirmar la extinción del contrato con el pago de la indemnización, incluso si el trabajador solicita ser readmitido, si el juzgado considera que mantener la relación entre un trabajador concreto y el empleador podría conllevar serias dificultades. Del mismo modo, si un trabajador, tras obtener una sentencia de readmisión renuncia a ser readmitido, el juzgado puede disponer la extinción del contrato con el pago de la indemnización por el perjuicio causado debido a la naturaleza de su trabajo y otras circunstancias del caso.

4. La indemnización que debe abonarse en virtud de los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo a un trabajador no readmitido, además de incluir el finiquito mencionado en el artículo 40 de la presente Proclamación será:

a) en caso de un contrato de trabajo indefinido, de 180 veces el salario medio diario y una cantidad igual a su salario/sueldo durante el plazo de preaviso correspondiente de conformidad con el artículo 44 de la presente Proclamación;

b) en caso de un contrato de trabajo por un plazo definido o por obra y servicio, una cantidad igual al salario que habría percibido si el contrato de trabajo se hubiera mantenido hasta la fecha de expiración o finalización de la obra y servicio, siempre que dicha compensación no exceda de 180 veces su salario medio diario. Las disposiciones del apartado 4 del presente artículo también se aplicarán a un trabajador cubierto por la Ley de pensiones pertinente.



5. Si el juzgado de primera instancia dispone la readmisión del trabajador de conformidad con los apartados 1 y 2 del presente artículo, el juzgado dispondrá que se le abonen los atrasos correspondientes al salario por un periodo no superior a seis meses. Si la decisión de readmisión se confirma en segunda instancia, dispondrá el pago de los atrasos por un periodo no superior a un año".

El artículo 44 establece las "excepciones" indicando que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 43, el incumplimiento por parte del empleador de los requisitos de preaviso especificados en el artículo 35 tanto solo conllevará el pago por su parte del salario correspondiente al periodo de preaviso".

Tercero.- En el año 2011, se dictó la Ley para la Creación de Pensiones destinadas a los empleados públicos de organizaciones privadas, Proclamación 714/2011. El ámbito de aplicación de dicha norma quedó circunscrito a los empleados públicos etíopes, fijando la edad de jubilación en los 60 años.

Igualmente, se dictó la Ley para la Creación de Pensiones destinadas a los empleados de organizaciones privadas, Proclamación 715/2011. En dicha Proclamación se define la "organización privada", como "toda organización establecida para desarrollar actividades de comercio, industria, agricultura, construcción, servicios sociales o cualquier otra actividad lícita que cuente con empleados asalariados, incluyendo organizaciones benéficas y asociaciones", quedando su ámbito de aplicación fijado en los siguientes términos:

"2. Ámbito de aplicación:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 270/2002, que proporciona cobertura de pensiones para residentes extranjeros de origen etíope, ni de los acuerdos internacionales suscritos por este país, esta Ley será de aplicación para todos los empleados de organizaciones privadas que tengan nacionalidad etíope.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el sub-artículo (1) de este artículo: a) Aquellos empleados que tengan un plan de pensiones o un fondo de previsiones con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán escoger entre continuar con los beneficios de su plan o fondo actual, o acogerse a la presente ley; b) los empleados de organizaciones políticas y religiosas, así como empleados del sector informal, podrán acogerse a esta Ley con el consentimiento oportuno;

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el sub-artículo (1) de este artículo, esta Ley no se aplicará a: a) trabajadores del hogar; b) empleados de organizaciones gubernamentales internacionales o misiones diplomáticas internacionales".

El artículo 17 establece la edad de jubilación de los empleados de organizaciones privadas en 60 años.

En el año 2022, se dictó la Proclamación núm. 1268/2022, sobre las pensiones de los trabajadores del sector privado, fijándose su ámbito de aplicación a todos los trabajadores etíopes de empresas privadas; así como los trabajadores de organizaciones religiosas y organizaciones políticas y las personas que trabajan en el sector informal, si así lo manifiestan, estableciéndose expresamente la no aplicación de dicha proclamación para los trabajadores de organizaciones internacionales estatales y misiones diplomáticas extranjeras. La edad de jubilación quedó establecida en su artículo 18 en los 60 años.

La Proclamación 1268/2022 derogó expresamente la Proclamación 715/2011.

Cuarto.- El día 20-3-2023 D. Mauricio recibió escrito firmado por el Encargado de Negocios de la Embajada de España en Addis Abeba, fechado ese mismo día, con el siguiente contenido:

"En aplicación de la siguiente normativa:

1. Artículo 24,3 de la Ley 1156/2019 sobre normativa laboral establece que el contrato de trabajo terminará con la jubilación del trabajador de acuerdo con la ley aplicable.

2. Artículo 18 de la Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos 714/2011 que establece que la edad de jubilación es de 60 años de acuerdo con la fecha de nacimiento registrada cuando (el empleado) fue empleado por primera vez.

3. Artículo 35.c de normativa laboral establece que la notificación de la finalización de un contrato de trabajo será de 3 meses para un empleado con más de 9 años de servicio.

Notifico a D. Mauricio (guardia de seguridad) que, de acuerdo con los datos que figuran en el registro de personal de los servicios centrales del MAEUC, ha alcanzado la edad de jubilación establecida en la legislación etíope (60 años) y, por tanto, se hará efectiva la jubilación en el plazo de 3 meses a contar desde el siguiente a esta notificación".

D. Mauricio cesó en su empleo el día 20-6-2023.



Quinto.- No consta que D. Mauricio ostente o haya ostentado durante la vigencia de la relación laboral, la condición de representante legal de los trabajadores.

Sexto.- Durante la vigencia de la relación laboral el Ministerio, invocando la normativa etiopí, no ha efectuado cotizaciones en la Seguridad Social de dicho país, no habiendo generado D. Mauricio derecho a pensión de jubilación.

Séptimo.- El día 7-7-2023 se presentó demanda.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO la demanda que en materia de DESPIDO ha interpuesto de D. Mauricio contra el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, debo declarar y declaro, conforme a la legislación de Etiopía, la ilegalidad del despido del que fue objeto el actor, así como la vulneración de derechos fundamentales, declarando producido el despido en todos sus efectos el día 20-6-2023, y condenando al demandado a abonar al actor, en concepto de indemnización, la cantidad total de 10.932,93€, absolviendo al demandado del resto de pedimentos ejercitados en su contra; y todo ello habiéndose dado intervención al MINISTERIO FISCAL.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por D./Dña. Mauricio y por el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION, formalizándolos posteriormente; tales recursos fueron objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 17/04/2024 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación notificó al actor, D. Mauricio, contratado laboral como guardia de seguridad en la Embajada de España en Addis Abeba, la extinción de su contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación de sesenta años. La sentencia de instancia ha estimado que se trata de un despido discriminatorio por razón de edad, si bien ha aplicado al mismo las consecuencias previstas por el Derecho de Etiopía, por el que se regía la relación laboral, de manera que ha impuesto una indemnización y no la readmisión, sin que se cuestione por el trabajador por vía de recurso tal aplicación. Contra la indicada sentencia recurren ambas partes, el Abogado del Estado solicitando la desestimación de la demanda y el trabajador una elevación de la indemnización reconocida hasta la cuantía de 37.700 euros.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado esgrime como primer motivo de recurso, con amparo en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la vulneración del artículo 14 de la Constitución.

Al respecto se sostiene en primer lugar que no se vulnera el artículo 14 de la Constitución porque no existe término de comparación para establecer la existencia de una discriminación. Este argumento ha de desestimarse porque la aplicación de una consecuencia desfavorable por un motivo de discriminación prohibida permite establecer un término de comparación con todas aquellas personas que, por no estar incurso en el mismo motivo, no sufren esa consecuencia. Y en relación con la discriminación por edad derivada de la jubilación forzosa la misma ya está reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en su sentencia 280/2006, llega incluso a decir que en tales casos "la hipótesis de lesiones del art. 14 CE por razón de edad está fuera de duda" y añade:

"Basta recordar pronunciamientos de este Tribunal en la materia de jubilación que nos ocupa (por ejemplo, SSTC 22/1981, de 2 de julio, 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de julio, o 111/1985, de 11 de octubre, por todas), u otras Sentencias todavía recientes sobre figuras jurídicas diversas a la ahora analizada, pero en las que concurría con carácter decisivo la circunstancia de la edad (por ejemplo, SSTC 197/2003, de 30 de octubre, y 78/2004, de 29 de abril). En relación con todo ello, conviene tener presente que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha aprobado en el capítulo III del título II (artículos 27 a 43) medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato que trasponen al Derecho español las Directivas comunitarias 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Las nuevas disposiciones legales suponen, en lo que interesa



al presente caso, un refuerzo de la protección contra la discriminación por razón de edad, que se refleja, entre otros preceptos, en la nueva redacción de los artículos 4.2 c) y 17.1 LET".

Cuestión distinta es que en determinados supuestos el trato desfavorable por razón de edad sea considerado justificado, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando la jubilación forzosa aparezca prevista en un convenio colectivo como una medida de empleo que incluya medidas concretas de contratación, pero este no es el caso puesto que como reconoce el propio Abogado del Estado no se aplica el convenio colectivo único de la Administración General del Estado ni ningún otro. Por otra parte la sentencia que cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2016 en el asunto British Gurkha Welfare Society no se refiere a una diferencia de trato por razón de edad, pese a que así se afirme en el recurso, sino exclusivamente por razón de nacionalidad y este no es el caso. El argumento utilizado sobre los diferentes niveles de vida en los distintos países de origen para determinar el importe de la pensión no es trasladable a este caso, puesto que la aplicación de la jubilación forzosa por edad no guarda relación con la cuantía de la pensión y su poder adquisitivo.

El segundo argumento es que, rigiéndose el contrato de trabajo por el Derecho etíope no se aplicaría el artículo 14 de la Constitución, pero frente a ello hay que recordar que el artículo 8 del Reglamento (CE) n.º **593/2008** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) establece que la elección de la ley aplicable no puede "tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables". En este caso, al tratarse de trabajador contratado por la Administración Española para prestar servicios en la Embajada, pese a tratarse de territorio etíope (puesto que la ficción de extraterritorialidad de las sedes diplomáticas ha sido superada y sustituida por los principios de inviolabilidad o inmunidad, pero reconociendo a las mismas como parte del territorio del Estado en el que se encuentra), podría quizá considerarse que presenta vínculos más estrechos con España (artículo 8.4). Pero en todo caso un órgano judicial español, cuando es competente para resolver un litigio, como aquí ocurre, no puede dejar de aplicar al caso los derechos fundamentales derivados de la Constitución y de los Tratados en la materia, aún cuando aplique a la resolución del caso Derecho extranjero.

El motivo es desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso del Abogado del Estado se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 24 y 42 de la Proclamación Laboral etíope 1156/2019 que sustituye a la 42/1993, vigente al tiempo de suscribirse el contrato (normas que con carácter general regulan la relación de trabajo), artículo 3 de la Proclamación 1268/2022 (sobre pensiones de los trabajadores al servicio de organizaciones privadas) y Proclamación 714/2011 (sobre pensiones de los empleados públicos). Sostiene el Abogado del Estado que la legislación etíope ampara la jubilación forzosa del trabajador por el hecho de cumplir los 60 años, pero ello resulta indiferente, porque si el resultado de aplicar la legislación etíope implica que el tribunal español haya de obviar la protección de un derecho fundamental del trabajador, tal conclusión no puede ser aceptada, debiendo primar la protección por el órgano judicial español de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución sobre la aplicación del Derecho extranjero, al cual no puede serle reconocida la primacía sobre el orden constitucional de derechos fundamentales de nuestro país.

El recurso por tanto es desestimado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros, a los que habrá que adicionar el impuesto sobre el valor añadido o cualesquiera impuestos aplicables sobre los indicados honorarios.

QUINTO.- El recurso del trabajador se funda en un único motivo de la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social en el que alega la vulneración de los artículos 183, 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Social. Sostiene el recurrente que al trabajador se la aplica la normativa laboral de Etiopía, pero que al haberse producido una vulneración de derechos fundamentales y por tanto debe aplicarse el artículo 183 de la Ley de la Jurisdicción Social en orden a indemnizar completamente el daño causado por el despido. A tal efecto sostiene que el trabajador inició la relación laboral con el Ministerio de Asuntos Exteriores el 13 de octubre de 1993, que fue extinguido su contrato por jubilación forzosa el 20 de junio de 2023, esto es, tras casi treinta años de servicios, siendo dicho despido, como hemos visto, vulnerador de sus derechos fundamentales y resultando que tras el mismo ha quedado en situación de desempleo sin cobertura alguna, porque sostiene el recurrente que el Ministerio de Asuntos Exteriores no ha cotizado por él ni en la Seguridad Social española ni en la etíope,



resultando que la indemnización reconocida equivale a 16 mensualidades de su salario, de manera que tras el agotamiento de esa cantidad quedará sin ingresos ni cobertura alguna.

El hecho de que el trabajador carece de toda cotización en la Seguridad Social se admite como incontrovertido en el escrito de impugnación, justificándose únicamente que tal situación es conforme con la legalidad porque debido a la confluencia de la legislación de ambos Estados no ha quedado encuadrado en el sistema de Seguridad Social de ninguno de ellos.

Pues bien, lo cierto es que la vulneración de un derecho fundamental conlleva necesariamente, como materia de orden público, la obligación por parte del responsable de una restitutio in integrum. Si la misma no se produce en especie (es decir, mediante la readmisión, que está fuera del debate de las partes), entonces la valoración del daño causado por el despido no puede ser tasada sino libre y completa.

Para cuantificar el daño causado por un despido ilegal en un régimen de valoración libre y no tasada el primer problema es que esa valoración ha de hacerse en el momento de dictarse la resolución judicial sin conocer qué pueda ocurrir en el futuro con los ingresos del trabajador, lo que significa resolver en situación de incertidumbre. Para hacer la valoración no tasada debe tomarse en consideración en primer lugar la pérdida real de ingresos que el despido supone. Esto exige que no solamente se compute la pérdida salarial, sino también la protección económica dispensada por el sistema de Seguridad Social. La pérdida objetiva será la diferencia bruta entre el salario percibido y las cotizaciones que acompañan al mismo y la prestación sustitutiva del salario (desempleo, jubilación, etc.), incluyendo las cotizaciones anexas, valorando además el tiempo que puede tardarse en acceder a cada prestación o la duración máxima establecida legalmente para ella. Lógicamente el trabajador despedido no puede limitarse a vivir pasivamente de dicha indemnización, sino que, al menos mientras no alcance la protección pública por jubilación, es esperable y exigible que busque otro empleo con posterioridad a la extinción de su contrato, en cuyo caso el daño producido por el despido quedará limitado por los nuevos ingresos obtenidos en ese empleo. Si ha quedado acreditado que efectivamente ha encontrado otro empleo y los ingresos que recibe por él, la valoración se simplifica (aún teniendo en cuenta que es importante valorar la duración previsible del mismo), pero si el trabajador no ha encontrado otro empleo en el momento de llevarse a cabo la valoración, entonces la misma ha de hacerse en base a las probabilidades de que encuentre ese otro empleo, esto es, en base a valorar la empleabilidad del trabajador en función de su edad, formación, situación del mercado de trabajo y demás circunstancias relevantes, de manera que puede incluso establecerse algún sistema de ponderación matemática, según la edad y demás circunstancias, para reducir la pérdida salarial objetiva en el momento del despido. Por otra parte también ha de tomarse en consideración que la expectativa de ingresos derivados del empleo finalizado ilícitamente varía según la estabilidad alcanzada en el mismo, lo que se determina por el tipo de relación, fija o temporal y la experiencia y antigüedad en el contrato.

En este caso nos encontramos con que el trabajador, que ha prestado servicios durante treinta años, podía tener la expectativa racional de terminar su vida laboral en este empleo mientras mantuviese al capacidad para su desempeño o alcanzase los requisitos para percibir una prestación de jubilación. Por tanto el daño inicial es la pérdida salarial íntegra hasta ese momento, descontando los ingresos esperables por protección social. En este caso la protección social, como no se controvierte, es inexistente por falta de aseguramiento (sin entrar a valorar aquí su legalidad, que no es objeto de la litis) y entonces resulta que lo único que puede valorarse es la pérdida salarial. En cuanto a la probabilidad de encontrar un empleo sustitutivo, esto es, la empleabilidad del trabajador, entendemos que a una edad de 60 años, por razones físicas y de envejecimiento (y sin entrar a valorar la situación del mercado laboral en Etiopía, sobre lo que nada consta y dista de ser notoria), el nivel de empleabilidad debe reputarse marginal. Con ello la indemnización ha de ser completa, esto es, debe restituir al trabajador la pérdida salarial, si bien la percepción actual en un único pago debería llevar a su actualización con el descuento resultante de aplicar el tipo de interés del dinero al transcurso del tiempo desde el momento del despido hasta la fecha de expectativa de vida aplicable en el país o zona geográfica en función del sexo, edad y demás circunstancias valorables. A falta de datos concretos que permitan hacer un cálculo más preciso de la misma, teniendo en cuenta que el salario mensual bruto del trabajador en el momento del despido era de 667,77 euros (suponemos que con prorrateo de pagas extraordinarias), o sea 8.013,24 euros anuales, el importe reclamado en el recurso (37.700 euros) equivale a aproximadamente cuatro años y medio de salario, lo que no parece en modo alguno excesivo o desproporcionado como valoración de la pérdida salarial sufrida, no compensada por sistema prestacional alguno ni por la previsión realista de que por su edad pueda encontrar un empleo sustitutivo y teniendo en cuenta que en estos años la esperanza de vida al nacer en Etiopía, según los datos del Banco Mundial, está alrededor de los 65 años. Por tanto su recurso es estimado.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS



Desestimar el recurso de suplicación presentado por el Abogado del Estado D. Edmundo Bal Francés en nombre y representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación contra la sentencia de 8 de noviembre de 2023 del Juzgado de lo Social número 14 de Madrid en autos 689/2023. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros, a los que habrá que adicionar el impuesto sobre el valor añadido o cualesquiera impuestos aplicables sobre los indicados honorarios. Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Juan Manuel Gómez Moreno en nombre y representación de D. Mauricio contra la misma sentencia. Revocamos el fallo de la misma en el exclusivo sentido de elevar la indemnización contenida en el fallo a 37.700 euros. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0106-24 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827- 0000-00-0106-24.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.