



SENTENCIAS COMENTADAS

2006 **4** PRIMER SEMESTRE

**Tribunal Constitucional,
Tribunal Supremo y
Tribunales Superiores de Justicia**

Con ocasión de la conmemoración del 8 de Marzo, el Observatorio Jurídico presenta un número extraordinario monográfico recogiendo sentencias de interés en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación entre hombres

y mujeres, que, precisamente ante la aprobación de la Ley de Igualdad, son de un indudable interés, toda vez que proporcionan criterios jurídicos para avanzar en la aplicación de dicha Ley.

SENTENCIAS COMENTADAS



EN ESTE NUMERO

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 16 DE FEBRERO DE 2006, ASUNTO C-294/04. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. derecho de una trabajadora que se encuentra de permiso por maternidad a disfrutar de los mismos derechos reconocidos a otros trabajadores aprobados en un mismo proceso de selección para el acceso a la función pública. cómputo de antigüedad.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2005, ASUNTO C-191/03. Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a las condiciones de trabajo. Régimen de baja por enfermedad en el que se prevé una reducción de la retribución a partir del momento en que la baja es superior a cierta duración tanto para las trabajadoras de baja antes del permiso de maternidad por una enfermedad ligada a su embarazo, como para los trabajadores de baja por cualquier otra enfermedad. inexistencia de discriminación.

fundación **sindical** de estudios

observatorio jurídico

www.fundacionsindicaldeestudios.org

Presidente: Rodolfo Benito Valenciano

Vicepresidenta: Elvira S. Llopis

Publicaciones: Adela Crespo Álvarez

Edita: Fundación Sindical de Estudios

Sebastián Herrera, 12-14. 1ª planta. 28012 Madrid

**SENTENCIAS COMENTADAS****EN ESTE NUMERO**

- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 1 DE FEBRERO DE 2005, ASUNTO C-203/03.** Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Prohibición del empleo de mujeres para trabajos subterráneos en el sector minero, así como para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo.
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2004, ASUNTO C-284/02.** El no computar íntegramente el permiso de maternidad disfrutado por la trabajadora, a efectos de ascenso, supone infringir el art. 141 CE y la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004, ASUNTO C-319/03.** Sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el derecho comunitario.
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 18 DE MARZO DE 2004, ASUNTO C-342/01.** Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Permiso de maternidad de trabajadora que coincide con el periodo de vacaciones anuales para todo el personal establecido en un convenio colectivo. Derecho a disfrutar las vacaciones en otras fechas.
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 175/2005, DE 4 DE JULIO.** Discriminación por razón de sexo (despido trabajadora embarazada)
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 182/2005, DE 4 DE JULIO.** Discriminación por razón de sexo (degradación de condiciones laborales por razón de embarazo y maternidad)
- 9. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL NUMS. 50/2005 y 49/2005, DE 18 DE ABRIL DE 2005.** Contrato a tiempo parcial. regulación discriminatoria.
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 253/2004, DE 22 DE DICIEMBRE.** CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 2045/1998. Contrato a tiempo parcial (discriminación indirecta por razón de sexo).
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 161/2004, DE 4 DE OCTUBRE.** Discriminación por razón de sexo (suspensión del contrato de trabajo de mujer embarazada por falta de aptitud para el vuelo)
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2005, REC. 3499/2003.** En el ámbito del RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS puede accederse a la prestación de MATERNIDAD durante los noventa días siguientes al cese en la actividad y correspondiente baja en dicho Régimen, ya que la trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta.
- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, REC. 4291/2004.** Baja por MATERNIDAD durante el período preestablecido para el disfrute de las VACACIONES: La trabajadora mantiene el derecho al disfrute íntegro de las vacaciones tras el alta.
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 2005, REC. 773/2004.** Prestación de MATERNIDAD. Determinación de su base reguladora cuando se prestan servicios esporádicos en algunos días del mes.
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2005, REC. 83/2004.** El Convenio Colectivo puede fijar la acumulación de las horas de PERMISO DE LACTANCIA.
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004, REC. 5876/2003.** Prestación de MATERNIDAD: Determinación de su base reguladora cuando la trabajadora está con la JORNADA REDUCIDA por el cuidado de un menor de seis años.



- 17. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004, RECS. 5013/2003 Y 5502/2003. Prestación de DESEMPLEO:** Determinación de su base reguladora cuando la trabajadora está con la JORNADA REDUCIDA por el cuidado de un menor de seis años.
- 18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2004, REC. 2569/2003. La calificación del DESPIDO de trabajadoras EMBARAZADAS. Despido NULO,** al margen de la intención empresarial discriminatoria. El conocimiento por la empresa del estado de embarazo.
- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LEON/BURGOS DE 13 DE DICIEMBRE DE 2005, REC. 51/2005. Derecho a conservar las retribuciones del puesto de trabajo de origen en el supuesto de cambio de puesto por causa de embarazo.**
- 20. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2005, REC. 905/2005. Discriminación indirecta por razón de sexo: acceso al empleo.**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2005, REC. 4241/2005. La utilización en perjuicio de una trabajadora de la información obtenida mediante un reconocimiento médico supone una intromisión en el derecho a la intimidad personal, que vulnera el artículo 18.1 CE. Daños morales.**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 24 DE OCTUBRE DE 2005. Extinción de contrato de trabajadora embarazada por no superar el periodo de prueba. Constituye despido nulo al no acreditar la empresa que la extinción obedece a causas reales, ajenas a la discriminación por razón de embarazo.**
- 23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE OCTUBRE DE 2005, REC. 2832/2005. Despido nulo de trabajadora que solicita excedencia por cuidado de hijos.**
- 24. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2005, REC. 470/2005. Extinción del contrato por causas objetivas. Constituye despido nulo al hallarse la trabajadora con jornada reducida por guarda legal al amparo del art. 37.5 ET. En tales supuestos para la calificación del despido como nulo no es necesario acreditar móvil discriminatorio, sino que basta con hallarse la trabajadora en una de las situaciones previstas en el citado 37.5 ET.**
- 25. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005. Constituye práctica discriminatoria la disminución de salarios y de funciones durante la reducción de jornada por guarda legal.**
- 26. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO DE 21 DE JUNIO DE 2005, REC. 1218/2005. Despido disciplinario de trabajadora embarazada. Calificación de despido nulo independientemente de que la empresa conociera o no la situación de embarazo.**
- 27. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 19 DE MAYO DE 2005, REC. 1117/2005. Excedencia por cuidado de hijos: el derecho al reingreso una vez transcurrido el primer año de reserva del puesto de trabajo, no queda condicionado a la existencia de vacante. Despido nulo en base a la situación de excedencia y sin que sea necesario acreditar móvil discriminatorio.**
- 28. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE ABRIL DE 2005, REC. 6096/2004. El despido dentro del periodo de disfrute del permiso de lactancia ha de ser calificado como nulo.**



1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 16 DE FEBRERO DE 2006, ASUNTO C-294/04.

Igualdad de trato entre hombres y mujeres. derecho de una trabajadora que se encuentra de permiso por maternidad a disfrutar de los mismos derechos reconocidos a otros trabajadores aprobados en un mismo proceso de selección para el acceso a la función pública. cómputo de antigüedad.

La sentencia ha recaído en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 30 de Madrid, a consecuencia de demanda formulada por trabajadora que participó en pruebas selectivas para el acceso a la plantilla de personal fijo del INSALUD y que en la fecha en que debió tomar posesión de la plaza se hallaba disfrutando de un permiso por maternidad, retrasando la toma de posesión de la plaza obtenida hasta la finalización de dicho permiso, solicitando en su demanda que la prórroga obtenida para la toma de posesión se tenga en cuenta a efectos del cómputo de antigüedad.

Considera el TJCE que la cuestión suscitada ha de examinarse a la vista del art. 2 de la Directiva 76/207 para determinar si cuando una funcionaria se encuentra en permiso de maternidad en el momento de su nombramiento, el aplazamiento del inicio de su carrera hasta la fecha de toma de posesión efectiva constituye una discriminación por razón de sexo.

Partiendo de que el ejercicio por las mujeres de los derechos que confiere la Directiva 76/207 no permite que se les pueda tratar de modo desfavorable en cuanto al acceso al empleo ni en cuanto a las condiciones de trabajo, a fin de que garantizar una igualdad material y no formal, recuerda el Tribunal su doctrina acerca de que las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado un permiso de maternidad, de manera que “una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia (al trabajo) debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de su permiso” (STJCE 18 noviembre 2004).

En consecuencia, concluye el Tribunal manteniendo que la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, “se opone una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de antigüedad.



2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2005, ASUNTO C-191/03.

Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a las condiciones de trabajo. Régimen de baja por enfermedad en el que se prevé una reducción de la retribución a partir del momento en que la baja es superior a cierta duración tanto para las trabajadoras de baja antes del permiso de maternidad por una enfermedad ligada a su embarazo, como para los trabajadores de baja por cualquier otra enfermedad. inexistencia de discriminación.

En la decisión prejudicial que concluye con la sentencia anotada el TJCE declara que un régimen de baja por enfermedad que trata de manera idéntica a las trabajadoras que padecen una enfermedad ligada al embarazo y a los trabajadores que padecen una enfermedad ajena al embarazo está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 141 CE y de la Directiva 75/117, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

A juicio del Tribunal el art. 141 CE y la Directiva 75/117 deben interpretarse en el sentido de que no constituyen discriminaciones por razón de sexo la existencia de una regla de un régimen de baja por enfermedad que prevea, tanto para las trabajadoras de baja antes del permiso de maternidad por una enfermedad ligada a su embarazo, como por los trabajadores de baja por cualquier otra enfermedad, una reducción de la retribución a partir del momento en que la baja es superior a cierta duración, a condición de que, por un lado, la trabajadora reciba el mismo trato que un trabajador de baja por enfermedad, y que, por otro, el importe de las prestaciones abonadas no quede reducido a tal punto que ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas.

Asimismo se sostiene que tampoco constituye discriminación por razón de sexo la existencia una regla de un régimen de baja por enfermedad que prevea la imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho cualquier trabajador en un periodo determinado, ya sea una enfermedad ligada al embarazo o no, a condición de que la imputación de las bajas por una enfermedad ligada al embarazo no tenga por efecto que, durante la baja incluida en esta imputación después del permiso de maternidad, la trabajadora perciba prestaciones inferiores al importe mínimo a que tenía derecho en el periodo de enfermedad simultáneo al embarazo.



3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 1 DE FEBRERO DE 2005, ASUNTO C-203/03.

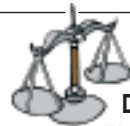
Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Prohibición del empleo de mujeres para trabajos subterráneos en el sector minero, así como para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo.

El art. 2 del Convenio número 45 de la OIT, de 21 de junio de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, establece que “En los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad”, estableciéndose, no obstante que la legislación nacional podrá exceptuar de esta prohibición, entre otros supuestos, las mujeres que ocupen un cargo de dirección y no realicen un trabajo manual, a las mujeres empleadas en servicios de sanidad y en servicios sociales; a las mujeres que, durante sus estudios, realicen prácticas en la parte subterránea de una mina, a los efectos de la formación profesional y a cualquier otra mujer que ocasionalmente tenga que bajar a la parte subterránea de una mina en el ejercicio de una profesión que no sea de carácter manual. Asimismo el Convenio 176 OIT de 22 de junio de 1995, sobre seguridad y salud en las minas, no se refiere únicamente a los hombres, sino que establece normas en materia de seguridad y salud con independencia del sexo del trabajador.

Por su parte la legislación comunitaria y más concretamente la Directiva 76/207 establece en su art. 2 que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar; añadiendo que la Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y llegado el caso la formaciones que ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. Igualmente dicha directiva no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Asimismo el art. 3 dispone que “la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional”. A tal fin los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que “se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato”. De otra parte y en el ámbito de la legislación comunitaria la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, regula la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, estableciéndose que en tales casos la trabajadora no podrá verse obligada a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación del trabajo supongan riesgo por exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumeradas en la propia Directiva y que supongan la existencia de un peligro para la seguridad o la salud.

No obstante el contenido de las citadas Directivas comunitarias, Austria continuaba manteniendo la prohibición genérica de emplear trabajadoras en la industria minera subterránea, en los trabajos en medio hiperbárico y en los de buceo, por lo que la Comisión, considerando que la legislación nacional era contraria

al derecho comunitario, inició un procedimiento por incumplimiento, requiriendo al Estado para adoptar las medidas necesarias, en el plazo de dos meses, que supusieran la adaptación de la legislación interna a la comunitaria y al considerar que las autoridades del país seguían incumpliendo el requerimiento de la Comisión, se plantea el recurso por incumplimiento del Estado que concluye con la sentencia de 1 de febrero de 2005 en la que se establece que la existencia de una normativa interna en la que se contiene “una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo” supone el incumplimiento de los arts. 2 y 3 de la Directiva 76/207.



4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2004, ASUNTO C-284/02.

El no computar íntegramente el permiso de maternidad disfrutado por la trabajadora, a efectos de ascenso, supone infringir el art. 141 CE y la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

La sentencia ha recaído en una cuestión prejudicial planteada en el marco de una reclamación judicial en la que la trabajadora demandante solicitaba se computara íntegramente el permiso de maternidad disfrutado, de veinte semanas de duración, como tiempo efectivo de prestación de servicios a efectos de ascenso. En concreto la trabajadora había disfrutado de dicho permiso en aplicación de lo establecido en el Código del Trabajo de la República Democrática Alemana, en el que se disponía que las mujeres tienen derecho a un permiso de maternidad de veinte semanas de duración después del parto, durante el cual percibían de la Seguridad Social una prestación equivalente a sus ingresos medios netos.

En la República Federal de Alemania la situación de las mujeres después del parto se rige por la Ley de Protección de la Maternidad, que prohíbe que las mujeres trabajen en las ocho semanas siguientes al parto, y por otra parte en el convenio colectivo para los empleados de las Administraciones Públicas de Alemania del Este, de 10 de diciembre de 1990, se regula un sistema de ascenso automático al grupo inmediatamente superior una vez cumplido un determinado periodo de prestación de servicio, estableciéndose que el periodo necesario a efectos de ascenso deberá cumplirse de manera ininterrumpida, si bien no obstará a dicho cómputo las interrupciones debidas al permiso por maternidad, de ocho semanas siguientes al parto, establecidas en la Ley de Protección de la Maternidad.


Como consecuencia de la diferente duración de los permisos de maternidad (veinte semanas en la extinta RDA y ocho semanas en la RFA), la cuestión que se suscita a efectos de ascenso de la trabajadora es si sólo se tienen en cuenta las ocho semanas que se

regulan en la normativa de la RFA o las veinte semanas que efectivamente disfrutó, toda vez que si se atiende al primer criterio la trabajadora alcanzaría el ascenso doce semanas más tarde.

Mantiene el Tribunal que el hecho de no computar la totalidad de las veinte semanas disfrutadas supone un trato desfavorable a consecuencia de dicha ausencia por maternidad, lo que se traduce en una discriminación por razón de su embarazo y del permiso. Tal comportamiento supone una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 76/207, concluyendo con la afirmación de que dicha trabajadora recibiría un trato desfavorable en comparación con otro compañero de sexo masculino que hubiera empezado a trabajar en la antigua RDA el mismo día que ella puesto que, al disfrutar de su permiso de maternidad, sólo podría acceder al grado retributivo superior doce semanas después que dicho compañero.

En virtud de todo lo expuesto el Tribunal de Justicia declara que la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, se opone a que un convenio colectivo impida incluir en el periodo necesario a efectos de ascenso la parte del periodo durante el que la trabajadora disfrutó, al amparo de la normativa de la antigua RDA, de un permiso de maternidad cuya duración excede del periodo de protección de ocho semanas previsto por la normativa de la RFA, a la que se refiere dicho convenio, siempre que los objetivos y la finalidad de ambos permisos respondan a los objetivos de protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

La doctrina contenida en esta sentencia es parcialmente reproducida en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 30 de Madrid, finalizada con la sentencia de 16 de febrero de 2006.



5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004, ASUNTO C-319/03.
Sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el derecho comunitario.

La compatibilidad del principio de igualdad formal con las medidas de acción positiva goza de amplio respaldo en el derecho internacional. Así, la convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, señala que no deben entenderse discriminatorias “aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”. En el derecho comunitario ya la Directiva 76/207 recogía la posibilidad de adoptar “medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo”. También la Resolución del Consejo de 12 de julio de

1982 sobre promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer; el art. 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 y el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000 establecen que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.


Sobre la justificación y límites de las medidas de acción positiva han recaído cinco sentencias con anterioridad a la que ahora se comenta en concreto las de 17 de octubre de 1995, C-450/93; 11 de noviembre de 1997, C-409/95; 28 de marzo de 2000, C-158/97; 6 de julio de 2000, C-407/98 y 19 de marzo de 2002, C-476/99, en las que el Tribunal ha venido realizando una interpretación restrictiva en materia de compatibilidad de las medidas de acción positiva con el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y con la prohibición de discriminación por razón de sexo; enjuiciando tres categorías de medidas de acción positiva, la primera relativa a aquellas medidas que no son directamente discriminatorias por su naturaleza, sino que tratan de mejorar la formación, la cualificación y la empleabilidad de las mujeres, con actuaciones como la reserva a las mujeres de una cuota de plazas para participar en cursos de formación; la segunda categoría estaría integrada por medidas que pretenden permitir una más fácil conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, tales como la reserva en exclusiva de plazas de guardería para las empleadas en una Administración Pública; y la tercera categoría incluiría aquellas medidas que implican un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres pero que se asumen con la finalidad de reducir la infrarepresentación de las mujeres en la vida profesional, en concreto se trataría de medidas que inciden directamente en el empleo al otorgar una preferencia a las mujeres en los procesos de selección o que fijan objetivos o cuotas que deben alcanzarse.

Dentro de la interpretación restrictiva que viene manteniendo el Tribunal y del hecho de considerar que las medidas de acción positiva han de entenderse como una excepción al principio de igualdad de trato, se ha venido concluyendo que en el acceso al empleo o en la promoción profesional, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas, admitiendo que la preferencia estaría justificada si no es automática y si la medida en cuestión garantiza a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación será objeto de valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurren en los candidatos independientemente de su sexo.

En la sentencia anotada de 30 de septiembre de 2004 se resuelve una cuestión prejudicial planteada en el marco de un proceso iniciado por un trabajador francés viudo y de 48 años que solicitó tomar parte en varias oposiciones convocadas por la Administración Pública Francesa, siendo rechazado por el hecho de superar la edad máxima establecida para participar en las convocatorias que se sitúa en los 45 años, pero que admite una excepción para las viudas que no se han vuelto a casar y se vean en la necesidad de trabajar, manteniendo el TJCE que la Directiva 76/207

debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

Parece claro que la norma francesa que se analiza tenía un carácter claramente discriminatorio, violando el derecho de igualdad de trato y creando una serie de preferencias absolutas e injustificadas. En cualquier caso conviene señalar que el Tribunal en su argumentación no hace referencia a la versión modificada de la Directiva 76/207, llevada a cabo por la Directiva 2002/73, dado que no había finalizado el plazo de transposición de dicha Directiva.



6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 18 DE MARZO DE 2004, ASUNTO C-342/01.
Igualdad de trato entre hombres y mujeres.
Permiso de maternidad de trabajadora que coincide con el periodo de vacaciones anuales para todo el personal establecido en un convenio colectivo. Derecho a disfrutar las vacaciones en otras fechas.

Los Tribunales españoles venían manteniendo el criterio de que cuando el permiso por maternidad coincidía con la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla, la trabajadora no tenía derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en periodo distinto al del acuerdo colectivo alcanzado en la empresa, primando el respeto a lo pactado colectivamente sobre el derecho individualizado al disfrute de vacaciones por parte de la trabajadora, siendo ejemplo de dicha doctrina la contenida entre otras en las sentencias del TS de 30 de noviembre de 1995 y 27 de junio de 1996, estableciendo un criterio jurisprudencial seguido mayoritariamente por los distintos Tribunales Superiores de Justicia.


En el supuesto enjuiciado la trabajadora demandante había disfrutado de baja maternal desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001, existiendo un acuerdo en la empresa alcanzado en conciliación, en el seno de un procedimiento de conflicto colectivo, en el que se fijaron dos periodos generales para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, uno del 16 de julio al 12 de agosto y otro del 6 de agosto al 2 de septiembre de 2001, periodos durante los cuales la trabajadora se hallaba disfrutando de permiso por maternidad.

Dicha trabajadora solicitó de la empresa disfrutar vacaciones desde el 25 de agosto al 21 de septiembre o, subsidiariamente desde el 1 al 27 de septiembre de 2001, es decir un periodo de vacaciones a continuación del término del periodo de su baja por maternidad, petición que no fue admitida por la empresa y que motivó la presentación de demanda ante el Juzgado de lo Social, que suspendió el procedimiento planteando sendas cuestiones prejudiciales en las que

se cuestionaba, en la primera, si las directivas comunitarias garantizan el derecho de la trabajadora a disfrutar sus vacaciones anuales en periodo distinto del pactado y no coincidente con su baja maternal, y en la segunda cuestión, de resolverse favorablemente la primera, si el contenido material del disfrute de vacaciones anuales comprende exclusivamente las cuatro semanas de descanso referidas en el art. 7.1 de la Directiva 93/104, o se extiende a los 30 días naturales establecidos en el Estatuto de los Trabajadores.

El TJCE en su sentencia viene a declarar que la Directiva 76/207 tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal, por lo que los preceptos de la misma deben interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar sus vacaciones anuales durante un periodo distinto del de su permiso por maternidad, incluso en los supuestos en los que exista un acuerdo colectivo en la empresa para disfrute de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla; añadiendo que cuando un Estado miembro haya optado por una duración de las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la Directiva, el derecho al disfrute de vacaciones por parte de la trabajadora, en periodo no coincidente con su permiso de maternidad, debe alcanzar a la totalidad del periodo más favorable reconocido por la legislación nacional.

La doctrina contenida en esta sentencia del TJCE ha sido plenamente asumida, como no podía ser de otra forma, por nuestros Tribunales, siendo ejemplo de ello la sentencia del TS de 10 de noviembre de 2005, Rec. 4291/2004.



7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 175/2005, DE 4 DE JULIO.
Discriminación por razón de sexo (despido trabajadora embarazada)

La Sentencia analiza un supuesto de discriminación por razón de sexo, fundamentado en una situación de embarazo, conocida por la empleadora, de una trabajadora que, desde abril de 1998, venía prestando servicios como auxiliar de clínica para aquélla mediante la suscripción de contratos temporales -sin solución de continuidad en la mayor parte de los casos- dirigidos principalmente a la sustitución de trabajadoras en vacaciones o en baja por enfermedad. Concretamente, de los 14 contratos suscritos entre el 29 de abril de 1998 al 1 de octubre de 1999, los contratos de interinidad fueron 10, y los 4 restantes eventuales por acumulación de tareas. En octubre de 1999, mes en el que la empresa conocía el estado de embarazo de la recurrente, la extinción del último contrato de interinidad con vigencia durante ese mes, no vino seguido -como, sin embargo, había sido lo habitual hasta aquel entonces- de la celebración de otro contrato de la misma modalidad. La recurrente considera que el único motivo por el que la empresa decide prescindir de sus servicios a partir de entonces es precisamente su estado de embarazo.

Debe tenerse en cuenta, en este orden de cosas, que la discriminación fue rechazada por el Juzgado de lo Social, en el entendimiento de que la recurrente no había aportado indicio alguno que impusiera la inversión de la carga probatoria, salvo que pudiera calificarse como tal indicio el hecho mismo del embarazo. Con posterioridad, el Tribunal Superior de Justicia negó la conexión entre el hecho del embarazo y la decisión de la empresa de no volver a contratar a la trabajadora una vez finalizado el último de los contratos temporales, toda vez que, a su juicio, había quedado probado que la causa del cese fue la reincorporación de la trabajadora sustituida por la recurrente a través de un contrato de interinidad. No obstante ello, y pese a rechazarse la pretensión principal de la actora, se declaró judicialmente la improcedencia del despido sobre la base de que uno de los contratos temporales suscritos –el eventual por circunstancias de la producción, de diciembre de 1998- debía ser entendido celebrado por tiempo indefinido, de forma tal que todos los contratos temporales subsiguientes a éste incurrieron en fraude de ley, merced a que en el momento en que fueron concertados la relación laboral era ya indefinida.

El TC, en la Sentencia que aquí se comenta, recuerda que la discriminación por razón de sexo incluye aquellos tratamientos peyorativos fundados, no sólo en el hecho de la constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de circunstancias o razones que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como es el caso del embarazo. Y, asimismo, trae a colación la doctrina relativa a la inversión de la carga probatoria en los supuestos en que se alega que una determinada decisión encubre, realmente, una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, señalando que para que opere este desplazamiento de la carga de la prueba no es suficiente que la parte actora la tilde de discriminatoria, sino que deberá acreditar la existencia de indicios que generen una sospecha razonable, apariencia o presunción en pro de tal alegato.

Volviendo al caso enjuiciado por la Sentencia, en ella se acredita la existencia de una sospecha razonable de la eventual relación causa-efecto entre el estado del embarazo de la recurrente y la decisión de la empresa de prescindir de sus servicios, de forma tal que es a la empleadora a quien corresponde probar que los hechos motivadores de su decisión fueron legítimos y ajenos al móvil discriminatorio que se le imputan; carga probatoria que no se ha cumplido en este caso, toda vez que si la relación laboral tenía carácter indefinido y los contratos de trabajo ulteriores al eventual de diciembre de 1998 fueron concertados en fraude de ley, “no podía aceptarse como justificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida y su carácter absolutamente ajeno a la discriminación denunciada, el que el último de los contratos de interinidad tuviese, considerado en abstracto, una causa lícita de extinción”. De esta forma –prosigue la Sentencia-, la justificación aportada por la empresa es del todo inadmisibles “por encontrarnos ante una relación laboral inicialmente temporal que devino indefinida como consecuencia de la celebración en fraude de ley de un precedente contrato laboral. Y siendo esto

así, con la medida extintiva en cuestión la demandada estaría discriminando a la recurrente mediante la denegación de acceso al empleo de carácter indefinido y/o la novación de su contratación temporal en contratación indefinida”.



8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 182/2005, DE 4 DE JULIO.
Discriminación por razón de sexo
(degradación de condiciones laborales por razón de embarazo y maternidad)


Analiza la Sentencia un supuesto en el que se denuncia discriminación por razón de sexo basada en la relegación progresiva de funciones y pérdida de estatus profesional en la empresa en los sucesivos períodos de embarazo y maternidad, que dio lugar, entre otras consecuencias, a un peor trato profesional y salarial a resultas de la falta de promoción económica de la demandante a diferencia de sus compañeros juristas del mismo área. De igual modo, el cambio de puesto de trabajo es calificado por la actora como una manifestación más de discriminación por su triple maternidad, solicitando, en razón a ello, la nulidad de las decisiones empresariales –entre ellas, la del cambio de puesto de trabajo- por ser contrarias a la prohibición de la discriminación ex art. 14 CE.

La Sentencia parte del hecho de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en la maternidad, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita en el art. 14 CE; argumentando seguidamente que la protección de la condición biológica y de la salud de la trabajadora debe ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de forma tal que “la minusvaloración o perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”.

Por otra parte, de los elementos traídos en el proceso, la Sentencia deduce de modo inequívoco que los sucesivos embarazos y maternidades de la demandante fueron la causa que dieron lugar a la no asignación a la misma de tareas jurídicas de mayor envergadura, así como a los perjuicios derivados en la promoción económica y el cambio de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por estar desprovisto de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza. A este respecto considera como indicios de la discriminación denunciada “la conexión temporal entre la maternidad y las medidas controvertidas; la desconsideración del esfuerzo realizado por la demandante, reconocido por sus jefes en distintas evaluaciones [...]; el hecho de que el alegato empresarial sobre las razones del cambio de puesto de trabajo no respondiera a la realidad [...], o la inmediatez con que esa decisión de movilidad fue tomada respecto del momento en el que la demandante desplegó actos de denuncia de la situación que consideraba discriminatoria”.

De ahí que –concluye la Sentencia- no pueda mantenerse que no existe discriminación por el hecho de

que el empleador se encuentre en el ejercicio de actos que se hallan amparados por la legislación laboral, toda vez que aun en el caso de que concurra causa legal, “la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”, no siendo admisible “una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo”. En definitiva, la conducta empresarial “fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer”.



9. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL NUMS. 50/2005 y 49/2005, DE 18 DE ABRIL DE 2005. Contrato a tiempo parcial. regulación discriminatoria.


En los casos enjuiciados por las dos Sentencias el TC trata de determinar si la aplicación realizada por el INSS del art. 12.4 ET, en redacción dada por el RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, a los efectos de computar el período de carencia mínima para acceder a la prestación por incapacidad laboral permanente es discriminatoria para las demandantes por el trato dispensado en su condición de trabajadoras a tiempo parcial. El tenor literal del precepto era, a la sazón, el siguiente: “pare determinar los períodos de cotización y de cálculo del a base reguladora del as prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”.

No se trata éste, en verdad, de un posible supuesto de discriminación directa por razón de sexo, pero sí podría plantearse si ello comporta una discriminación indirecta basada en esta misma circunstancia, toda vez que la previsión legal “afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras” que son las que mayoritariamente se acogen a esta modalidad contractual.

Como recuerdan las Sentencias que aquí se comentan, el TC, en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad nº 2045/98 planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, declaró nula e inconstitucional esta previsión “en cuanto establece que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas”. De este modo, y en la medida en que esta previsión en concreto ya fue declarada inconstitucional por el TC por vulnerar el derecho a la igualdad ante

la Ley “y que dicha previsión es la que ha determinado la denegación de la pretensión de la recurrente debe concluirse [...] que en el presente caso ha de otorgarse el amparo solicitado por vulneración del derecho de igualdad ante la Ley”.

Una y otra Sentencia introducen dos importantes aclaraciones para finalizar. Se indica, en primer lugar, que la STS, de 22 de septiembre de 1997, que fue impugnada, se limitó a establecer, en su labor de unificación de doctrina, que la normativa que resultaba de aplicación al caso era la que estaba en vigor en el momento en que se produjo el hecho causante de la prestación, sin que en sí misma entrañe vulneración del derecho de igualdad; ello no impide, no obstante “que deba ser anulada en el único extremo referido a la declaración de nulidad de la Sentencia dictada en Suplicación, con la consiguiente confirmación de la Sentencia del Juzgado de lo Social, en la medida en que al confirmar esta última Sentencia, indirectamente, ha propiciado la vulneración del derecho a la igualdad del a recurrente”. Y en segundo lugar subrayan las Sentencias que en el caso enjuiciado no es necesaria la retroacción de actuaciones: teniendo en cuenta que la sentencia dictada en suplicación “se ajusta a las exigencias del derecho a la igualdad del art. 14 CE, será procedente restablecer el derecho de la demandante declarando la firmeza de esta sentencia”.



10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 253/2004, DE 22 DE DICIEMBRE. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 2045/1998. Contrato a tiempo parcial (discriminación indirecta por razón de sexo).

En el caso enjuiciado se cuestionaba por parte del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra la constitucionalidad del párr. 2º art. 12.4 ET, en redacción dada por el RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, a cuyo tenor “para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas”.

Lo que se plantea es, en verdad, que este precepto “vendría a vulnerar el mandato de igualdad en la Ley que consagra el artículo 14 CE [...] tanto por ruptura del principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos de la igualdad, como por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida en la norma fundamental”.

En lo que aquí interesa, la Sentencia del TC enjuicia la constitucionalidad del art. 12.4, párr. 2º ET, desde la última perspectiva apuntada –discriminación indirecta por razón de sexo–, recordando que este concepto es obra de la jurisprudencia del TJCE, “precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea [...] y las Directivas comunitarias de desarrollo”. A este

respecto el citado Tribunal ha venido declarando en reiteradas ocasiones “que se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

En esta dirección, la Sentencia comentada resume la jurisprudencia del TC, que acoge la doctrina del TJCE, señalando que para que se considere vulnerado el derecho consagrado en el art. 14 CE “debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho”.

Argumenta a continuación la Sentencia que, consultados los datos estadísticos que se han acompañado al Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, es dable extraer que el contrato de trabajo a tiempo parcial afecta predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a “examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada [...] que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres [...], para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE [...], habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio”.

Concluye la Sentencia que no está justificado el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en lo que hace al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social; es ésta una diferenciación arbitraria que da lugar aun resultado desproporcionado, “al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésa que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras”, por lo que debe estimarse que el párr. 2º del art. 12.4 ET lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

Conviene recordar, en fin, que la Sentencia cuenta con el Voto Particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas que considera, entre otras cuestiones, que la imputada discriminación indirecta por razón de sexo no puede sostenerse, toda vez que aun siendo cierta la afectación mayoritaria de mujeres por esta modalidad contractual, existe, sin embargo, una justificación objetiva “en razón de la finalidad de las disposiciones cuestionadas y la adecuación del medio utilizado, enjuiciado desde la lógica del sistema de contributividad”.



11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 161/2004, DE 4 DE OCTUBRE. Discriminación por razón de sexo (suspensión del contrato de trabajo de mujer embarazada por falta de aptitud para el vuelo).

En el caso enjuiciado se analiza si se ha producido por

parte de la empresa una actuación de discriminación por razón de sexo. En este supuesto la actora que prestaba sus servicios laborales en la empresa Pan Air Líneas Aéreas, S.A., con la categoría profesional de segundo piloto, fue calificada como “no apta circunstancial” por razón de embarazo al efectuársele un reconocimiento en el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial. Ello dio lugar a la suspensión de su contrato de trabajo, sin derecho a contraprestación salarial, en el entendimiento de la empresa de que la trabajadora se hallaba imposibilitada para “desempeñar sus funciones como piloto y no se le podría ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes”.

La recurrente alega que la conducta empresarial supuso una discriminación por razón de sexo por carecer de apoyo legal y por tener causa en su estado de embarazo, e imputa, asimismo, a la sentencia de instancia la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por considerar que incurrió en incongruencia interna al derivar del relato fáctico una consecuencia que no resulta acorde al mismo.

El TC, en la Sentencia que aquí se analiza, y partiendo del hecho de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, por afectar en exclusividad a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita en el art. 14 CE, señala que de los hechos probados resulta claramente que la falta de aptitud de la actora, de carácter temporal, traía causa de su embarazo, “sin que pueda considerarse por tanto aquélla en abstracto, ya que debe ponerse en relación con su causa, es decir, el embarazo”. Añade la Sentencia que la empresa era “plenamente consciente de su obligación de efectuar la evaluación de riesgos” ex art. 26 LPRL, “como evidencia la indicación que hace en su carta de suspensión del contrato relativa a la imposibilidad de poderle ofrecer otro puesto distinto al de piloto por no existir tal vacante”. De ahí deduce la Sentencia que la decisión de la empresa de suspender el contrato de trabajo de la recurrente está desprovista de una justificación razonable y resultó ser discriminatoria, habida cuenta de que la falta de aptitud para el vuelo de la actora “era consecuencia del embarazo” y la empresa era consciente “de su obligación de efectuar una evaluación de riesgos que podría conducir al desarrollo de tareas en tierra, dado que el título de la trabajadora lo permitía”.



12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2005, REC. 3499/2003.

En el ámbito del RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS puede accederse a la prestación de MATERNIDAD durante los noventa días siguientes al cese en la actividad y correspondiente baja en dicho Régimen, ya que la trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta.

La trabajadora causó baja en el RETA el 31 de julio de 1999, y volvió a causar alta en dicho Régimen el 1 de septiembre de ese mismo año. El INSS le reconoció la prestación de maternidad desde el 20 de octubre. Sin

embargo, previa resolución administrativa que declaró indebida su última alta de 1 de septiembre, el INSS formuló demanda contra la trabajadora solicitando el reintegro de las prestaciones de maternidad abonadas a la misma.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de suplicación que había rechazado la demanda del INSS, reiterando la doctrina que ya estableció en su anterior sentencia de 29 de abril de 2002 Rec. 2078/2001, en la que se venía a mantener que en el ámbito del RETA y por lo que se refiere a la prestación de maternidad, debían de considerarse como situación asimilada al alta a los noventa días naturales siguientes a la baja en dicho Régimen.

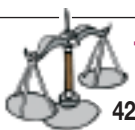
Al efecto, interpreta la Disposición Adicional Undécima bis de la LGSS, donde se establece que los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a la prestación de maternidad "con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores por cuenta ajena", en el sentido de que tal remisión no puede entenderse realizada de forma y exclusiva a la normativa del Régimen General, prescindiendo de las normas específicas del Régimen Especial. Y concluye en que la trabajadora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento en que accedió a la prestación de maternidad por no haber transcurrido noventa días naturales desde el último día del mes de su baja en el RETA (julio de 1999). Así se deduce de la existencia de situaciones asimiladas al alta que están previstas para el Régimen General y que no pueden producirse en el RETA, y la existencia en este Régimen de una específica del mismo, cual es la establecida en el art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y que fue incluida en fecha relativamente reciente en el art. 36.1.15 RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, conforme al cual "Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: [...] 15. En el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, el período de los noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en dicho Régimen."

Además, reseña que tal conclusión no es contradictoria con el criterio negativo mantenido en anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la prestación por incapacidad temporal causada en el RETA en los noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produjo la baja.

En el caso, se parte de una trabajadora que en previa situación de Incapacidad Temporal por contingencias comunes dio a luz y, sin solución de continuidad, pasó a una situación de baja por maternidad que se extendió sobre el período que anteriormente se había prefijado para el disfrute de sus vacaciones. Con posterioridad al alta, la trabajadora reclamó de la empresa el reconocimiento de su derecho al disfrute de su período íntegro de vacaciones dentro del mismo año natural y, subsidiariamente y en concepto de indemnización de daños y perjuicios, el abono de una cantidad equivalente a una mensualidad de sus retribuciones.

El Tribunal Supremo estima la pretensión de la trabajadora en función de la compatibilidad que ha de realizarse del derecho a las vacaciones del art. 38 ET con la suspensión del contrato de trabajo por maternidad del art. 48.4 ET, llegando a la conclusión de que la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, derivada de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones no puede resolverse por la vía de entenderlas consumidas, en función de los diversos intereses a los que responde la IT –atención médica ó descanso de la mujer tras el parto y cuidados de la criatura- y el período vacacional –recuperación física y psíquica del trabajador tras la prestación de servicios durante un año-.

Pero también indica que negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del período por baja maternal, supondría establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer, puesto que solo esta última, que teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el varón, se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad, recogiendo los criterios que sobre esta misma cuestión había mantenido la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 2004 Proc. C/342/2001, que interpretó los arts. 7.1 de la Directiva 93/104 y 11.2.a) de la Directiva 92/85 y 5.1 de la Directiva 76/207, para concluir que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso por maternidad y que en caso de coincidencia de ambos períodos de descanso, podrá hacer uso del derecho a la vacación anual en tiempo distinto al establecido en la empresa para las mismas.



13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, REC. 4291/2004. Baja por MATERNIDAD durante el período preestablecido para el disfrute de las VACACIONES: La trabajadora mantiene el derecho al disfrute íntegro de las vacaciones tras el alta.




14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 2005, REC. 773/2004. Prestación de MATERNIDAD. Determinación de su base reguladora cuando se prestan servicios esporádicos en algunos días del mes.

Se trataba de una trabajadora afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social que había solicitado la prestación de maternidad con la circunstancia de que durante el mes anterior a la solicitud prestó servicios durante siete días. El INSS reconoció la prestación de maternidad calculándola sobre la base reguladora dia-

ria resultante de dividir la cantidad total cotizada por aquellos siete días por 31 días. Sin embargo, la trabajadora consideró que la base reguladora de su prestación de maternidad debía ser la resultante de la división entre la cantidad total cotizada y el concreto número de días en que prestó servicios.

En definitiva, se plantea si para el cálculo de la base reguladora de la prestación de maternidad (o incapacidad temporal) cuando la relación de trabajo o la actividad no se extiende a todo el mes, los días efectivamente cotizados deben dividirse solo por el número de días a que dicha cotización se refiere, o por el contrario, el divisor debe estar integrado por todos los días naturales del mes, como considera el INSS. El Tribunal Supremo considera que la primera de las opciones es la ajustada de Derecho, de forma que la base reguladora de la prestación de maternidad se debe de calcular dividiendo el importe de lo cotizado en el mes anterior al inicio de la maternidad entre el número de días trabajados, interpretando el art. 13.1 del Decreto 1646/1972, en relación con los arts. 129 y 133 quater de la LGSS.



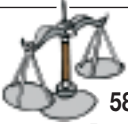
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2005, REC. 83/2004. El Convenio Colectivo puede fijar la acumulación de las horas de PERMISO DE LACTANCIA.

El convenio colectivo de una contemplaba la posibilidad de acumular las horas de permiso de lactancia mediante el disfrute del permiso de un mes retribuido, y es impugnado en este punto por la Dirección General de Trabajo, que consideraba que tal acumulación del permiso de lactancia infringía el 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la base de que lejos de mejorar la prestación de la relación laboral supone una conculcación de un bien jurídico protegido diferente de la atención y cuidado continuado de los hijos menores de nueve meses. El Tribunal Supremo declara la validez de la acumulación del permiso de lactancia, pero teniendo en cuenta que se trataba de una facultad otorgada al progenitor, que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4 y 6 ET.

Considera que conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la Ley (artículo 3 del Código Civil) constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable tiempo en los desplazamientos, la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye un derecho prácticamente inercible para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral. Es evidente que la asistencia que se puede dar al hijo durante la media hora de disminución de la jornada es sensiblemente menor a la que reconoce el convenio, que

alcanza a un mes completo sin obligaciones laborales. Finalmente, reseña que el art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional.

Así, el permiso de lactancia regulado en el art. 37 ET es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto sucede cuando se permite al titular del derecho que pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 ET.



16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004, REC. 5876/2003. Prestación de MATERNIDAD: Determinación de su base reguladora cuando la trabajadora está con la JORNADA REDUCIDA por el cuidado de un menor de seis años.

La cuestión que se planteaba consistía en determinar si la trabajadora que se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor de seis años, a que la prestación de maternidad se calculara sobre las bases de cotización correspondientes al momento inmediatamente anterior a la reducción de la jornada o sobre el promedio anual de las bases anteriores a la maternidad. El Tribunal Supremo estima el recurso formulado por el INSS, concluyendo que la base reguladora del subsidio por maternidad será igual al resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.

Considera que ha de aplicarse la misma solución que el mismo Tribunal estableció anteriormente (sentencias recaídas en los recursos 3108/2003, 4028/2003, 5013/2003 y 5363/2003), en relación con el cálculo de las prestaciones de desempleo. En estas sentencias se establece que la regla general que determina que el cálculo de la prestación sobre el período coincidente -sólo en parte en el presente caso- con el tiempo de reducción de jornada no puede obviarse con una regla especial, según la cual el cálculo debería realizarse sobre las bases de cotización a tiempo completo, porque esa regla no existe en nuestro ordenamiento (artículo 133 quater de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 13 del Decreto 1646/1972 en el supuesto general y con el artículo 5 del Real Decreto 144/1999 para los contratos a tiempo parcial), que parte del principio general de proporcionalidad entre la renta sustituida (el salario perdido) y la renta de sustitución (la prestación de desempleo o maternidad); regla que se aplica a todos los supuestos de pérdida de la renta de activo, sea esta pérdida referida a un empleo a tiempo completo o a jornada reducida y que responde a una lógica fundamental de la protección social que impide que la renta de sustitución sea superior a la renta sustituida, lo que ocurriría si el salario se calculara en función de una jornada reducida y la prestación social en función de la retribución correspondiente a una jornada completa.



17. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004, RECS. 5013/2003 Y 5502/2003. Prestación de DESEMPLEO: Determinación de su base reguladora cuando la trabajadora está con la JORNADA REDUCIDA por el cuidado de un menor de seis años.

El Tribunal Supremo tiene que determinar si una trabajadora que antes de pasar a percibir la prestación de desempleo se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal, tiene derecho o no a percibir esa prestación calculada sobre las bases que habría percibido de encontrarse a jornada completa.

El Tribunal Supremo rectifica el criterio favorable que había sentado en su anterior sentencia de 6 de abril de 2004 y se decanta ahora por la solución negativa, declarando aplicable el art. 211 LGSS sin introducir ningún factor que corrija la reducción del importe de la prestación de desempleo, que se produce por la minoración de las bases de cotización durante la reducción de jornada.

En concreto, señala que la cuestión planteada no puede resolverse por la aplicación analógica del art. 4 de la Ley 4/1995, que introduce reglas específicas para la determinación de los períodos de cotización computables para la prestación de desempleo desde una situación de excedencia por cuidado de hijos. En primer lugar, no se cumple la exigencia de que exista una laguna, porque el supuesto de la reducción de jornada está regulado en el artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social que establece el principio general de proporcionalidad entre la renta sustituida (el salario perdido como consecuencia del desempleo) y la renta de sustitución (la prestación de desempleo); regla que se aplica a todos los supuestos de pérdida de la renta de activo, sea esta pérdida referida a un empleo a tiempo completo o a jornada reducida. En segundo lugar, no hay semejanza entre los supuestos que se comparan, pues mientras que en el caso de la excedencia por cuidado de hijos la entrada en la situación de desempleo se produce desde una situación de no actividad en la que no hay percepción de una renta en el período de cómputo de la base reguladora, en la reducción de jornada por guarda legal hay una situación previa de empleo retribuido en ese período. Por último, no hay identidad de razón entre los supuestos, pues mientras que en la excedencia el empleo retribuido que se pierde, «que puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial», no tiene un término de referencia real en el período de cómputo, en la reducción de jornada esa referencia real sí existe -el empleo efectivo con reducción de jornada-, aunque la aplicación de esa referencia se considere inconveniente.

Además, señala que la aplicación de la regla del artículo 4 de la Ley 4/1995 produciría un resultado que califica de ilógico, pues en la reducción de jornada la prestación otorgada -calculada a tiempo completo- será normalmente superior a la renta sustituida a tiempo parcial, fomentando así la opción por el paso a la situación de desempleo, pues el interesado ganará más con una prestación de desempleo a tiempo com-

pleto, que trabajando con reducción de jornada, lo que, unido a la presión de la atención familiar, fomentará la salida del mercado de trabajo de los afectados.



18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2004, REC. 2569/2003. La calificación del DESPIDO de trabajadoras EMBARAZADAS. Despido NULO, al margen de la intención empresarial discriminatoria. El conocimiento por la empresa del estado de embarazo.

Se plantea ante el Tribunal Supremo la interpretación que ha de otorgarse al art. 55.5, b) del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo texto se dice que será nulo el despido de trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo.

Y en concreto, se discute si al margen de que la empresa actúe o no con propósito discriminatorio, resulta necesario el conocimiento del embarazo por la empresa para que el despido deba calificarse de nulo o si, por el contrario, la declaración de nulidad opera siempre que el despido no se declare procedente, con independencia de que la empleadora conozca o no el estado de embarazo de la trabajadora despedida.

En el caso, el Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida en casación y declara la nulidad del despido, aunque para llegar a tal conclusión le basta con negar el presupuesto fáctico en que se apoyaba la sentencia recurrida, que partía del desconocimiento por la empresa del embarazo de la trabajadora en el momento en que le comunicó el despido. En función de las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo valoró que no resulta coherente negar el conocimiento empresarial de tal circunstancia, por lo que la declaración de nulidad debía de imponerse.

No obstante, interpreta el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida personal y laboral que traspuso en este punto a nuestro ordenamiento interno la Directiva 92/85/CEE, del Consejo. Dicha Directiva es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, a la «aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo», no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, «durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo»; cuando se despida a una trabajadora, «el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escri-

to». La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales».

Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sino más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez.



19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LEON/BURGOS DE 13 DE DICIEMBRE DE 2005, REC. 51/2005.

Derecho a conservar las retribuciones del puesto de trabajo de origen en el supuesto de cambio de puesto por causa de embarazo.

La trabajadora tenía la categoría profesional de ayudante ferroviario y como consecuencia de su embarazo pasó a desempeñar de forma provisional funciones del puesto de factor, viendo reducidas sus retribuciones al dejar de percibir el plus de maniobras y el complemento de frenado, situación esta que a juicio del TSJ contraviene lo establecido en el art. 26 de la Ley 31/1995, toda vez que en el supuesto de cambio de puesto de trabajo la trabajadora mantiene el derecho a conservar el conjunto de sus retribuciones, de forma que constando acreditado en autos la existencia de merma retributiva, procederá la desestimación del recurso de suplicación y la confirmación de la sentencia de instancia que había condenado a RENFE al abono de las diferencias retributivas reclamadas.



20. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2005, REC. 905/2005.

Discriminación indirecta por razón de sexo: acceso al empleo.

La introducción por la empresa, en fase de selección de personal, de unos requisitos de titulación no establecidos en el convenio colectivo para los puestos que pretenden cubrirse, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo cuando tal exigencia afecta mucho más a las mujeres que a los hombres, y provoca que la totalidad de los seleccionados sean hombres, reduciendo el porcentaje de mujeres que ocupan tales puestos en la empresa. Constituye indicio privilegiado de la discriminación indirecta que no se hubiera seleccionado a la única trabajadora que reunía el requisito de la titulación y fueran seleccionados tres trabajadores que no los reunían, lo que, además, es una discriminación directa por razón de sexo.



21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2005, REC. 4241/2005.

La utilización en perjuicio de una trabajadora de la información obtenida mediante un reconocimiento médico supone una intromisión en el derecho a la intimidad personal, que vulnera el artículo 18.1 CE. Daños morales.

La demandante había sido declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y en base a lo establecido en el convenio colectivo solicitó el reingreso automático en un puesto de trabajo compatible con las dolencias padecidas. Por motivo de tal solicitud de reingreso se sometió voluntariamente a un reconocimiento médico, si bien no fue informada de los datos que iban a obtenerse de las pruebas médicas realizadas, en las que se detectó que la trabajadora había fumado cannabis en los días anteriores al reconocimiento.

Tras los análisis practicados la empresa comunica a la trabajadora que ha resultado no apta en el reconocimiento médico, lo que supone la imposibilidad de desempeñar cualquier puesto de trabajo, indicándole que como consecuencia de todo ello resulta imposible acceder a la solicitud de reingreso.

Formulada demanda por despido el Juzgado de lo Social declara su nulidad y condena a la empresa a la readmisión con abono de salarios de tramitación, y asimismo al pago de una indemnización de 900 euros en concepto de daños morales, por entender que la actuación de la empresa supone la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y al honor de la trabajadora. La expresada sentencia ha sido confirmada íntegramente por el TSJ de Galicia para el cual los reconocimientos médicos en la relación laboral no pueden constituir un mecanismo o instrumento del patrono para control de la salud de los trabajadores, sino expresión de un derecho de éstos a la vigilancia de su salud, resultando por tanto que no es procedente que se utilice la información obtenida en perjuicio del trabajador, singularmente cuando no se obtuvo previamente la expresa, consciente y voluntaria autorización del trabajador para la práctica de las pruebas una vez enterado del alcance y trascendencia que pudiese tener, en el ámbito de la relación laboral, el resultado de las mismas.



22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 24 DE OCTUBRE DE 2005.

Extinción de contrato de trabajadora embarazada por no superar el periodo de prueba. Constituye despido nulo al no acreditar la empresa que la extinción obedece a causas reales, ajenas a la discriminación por razón de embarazo.

La trabajadora había sido contratada por una empresa de comercio, estableciéndose un periodo de prueba

de 180 días. Poco antes de concluir dicho periodo la empresa le comunica la extinción del contrato por no superación del periodo de prueba, constando acreditado en el procedimiento que los encargados tenían conocimiento dos meses antes de la extinción que la trabajadora estaba embarazada.

Razona la sentencia que la doctrina jurisprudencial ha declarado que el periodo de prueba es una institución que permite al empresario y al trabajador rescindir el contrato unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad, sin cumplir ninguna exigencia especial, bastando con que el periodo de tiempo de prueba no había transcurrido y que el mismo haya sido concertado válidamente, sin que sea precisa alegación de causa alguna y, que menos aun, prueba de la que se alegue. No obstante ello se razona que la única limitación a dicha facultad es que con la resolución del contrato no se persiga un fin discriminatorio y contrario a un derecho fundamental, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras, 94/1984 y 166/1988.

Partiendo de la anterior doctrina y dada la existencia de indicios acerca de que la decisión empresarial pudiera enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbía al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito discriminatorio, máxime cuando la actora en su demanda ya introducía el elemento de la discriminación como causa de la extinción de su contrato, y dado que no se ha practicado por la empresa prueba alguna que desvinculara totalmente la extinción con el embarazo, se rechaza el recurso de suplicación y se confirma la sentencia de instancia que había apreciado la existencia de despido nulo.

En idéntico sentido se pronuncia el TSJ de La Rioja en sentencia de 11 de octubre de 2005, Rec. 190/2005



23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE OCTUBRE DE 2005, REC. 2832/2005. Despido nulo de trabajadora que solicita excedencia por cuidado de hijos.

En el supuesto enjuiciado la trabajadora antes de finalizar su permiso de maternidad solicita de la empresa excedencia por cuidado de su hijo. La empresa actúa de mala fe cuando no contesta la solicitud de la trabajadora, sin que pueda quedar en manos de la patronal el aplazamiento indefinido del inicio de la excedencia por su mero silencio, y sin que el derecho de la trabajadora haya de demorarse a la impugnación judicial, ya que ello provocaría la inoperancia de tal derecho.

En base a todo lo anterior se estima que la inexistencia al trabajo en la fecha indicada para el comienzo de la excedencia no equivale a una desobediencia y el despido impuesto es nulo en aplicación del art. 55.5 ET.



24. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2005, REC. 470/2005. Extinción del contrato por causas objetivas. Constituye despido nulo al hallarse la trabajadora con jornada reducida por guarda legal al amparo del art. 37.5 ET. En tales supuestos para la calificación del despido como nulo no es necesario acreditar móvil discriminatorio, sino que basta con hallarse la trabajadora en una de las situaciones previstas en el citado 37.5 ET.

La trabajadora con anterioridad al despido había solicitado de la empresa reducción de su jornada laboral, recibiendo posteriormente comunicación en la que se le hacía saber que quedaba interrumpida la ejecución de su contrato de trabajo por despido. Formulada demanda, el Juzgado de lo Social declaró la improcedencia del despido y recurrida dicha sentencia en suplicación el TSJ la revoca y declara la nulidad condenando a la empresa a la readmisión con abono de los salarios de tramitación.

La doctrina que mantiene el Tribunal es la de que en los supuestos de despido disciplinario o de extinción del contrato por causas objetivas, si la trabajadora se halla disfrutando uno de los permisos del art. 37 ET, la calificación del despido debe ser procedente o nula, no pudiendo por ello ser declarado improcedente, ya que el legislador para tal declaración de nulidad no exige que el despido obedezca precisamente al hecho de que la trabajadora se halle en tales situaciones, sino que impone tal declaración por el mero hecho de hallarse en dicha situación, salvo que se acredite la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho al primero.



25. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005. Constituye práctica discriminatoria la disminución de salarios y de funciones durante la reducción de jornada por guarda legal.

La actora con anterioridad a la baja por maternidad venía percibiendo un plus de responsabilidad y realizaba las funciones de su categoría profesional de encargada de sección. Al finalizar el permiso por maternidad solicitó la reducción de jornada de 40 a 24 horas semanales y a partir de ese momento dejó de percibir el plus de responsabilidad, realizando funciones de dependienta.

Formulada demanda sobre reclamación de derechos el Juzgado de lo Social declaró la nulidad radical de la conducta de la empresa demandada, ordenando el cese inmediato de su comportamiento, reponiendo a la trabajadora en las funciones y con la retribución que mantenía con anterioridad al disfrute del permiso por maternidad, si bien con la reducción proporcional correspondiente, condenando asimismo a la empresa

al abono de una indemnización de 3.113 euros en concepto de daños y perjuicios. Formulado recurso de suplicación ha sido desestimado.

Como se señala en la sentencia del TSJ, el problema de fondo radica en que la empresa relega sistemáticamente de funciones a quienes piden reducción de jornada por motivos de guarda legal, sin causa justificada alguna y con clara vulneración de los principios y de la legalidad que rige la conciliación de la vida laboral y familiar. Así pues, si la trabajadora con anterioridad a la baja por maternidad venía percibiendo un plus de responsabilidad y realizaba las funciones de su categoría de encargada de sección, la circunstancia de suprimir dicho plus y alterar la categoría profesional supone la infracción de los arts. 10.1 y 14 de la CE, así como la normativa sobre conciliación de la vida laboral.

Con relación a los daños morales mantiene el TSJ que “la actora por su maternidad, vio reducido el plus que percibía y rebajadas las funciones que realizaba al igual que otras trabajadoras y en esa situación se vio obligada a acudir a los Tribunales, para que sus derechos de madre no pudieran ser menoscabados, y esa discriminación originada por la maternidad la que siempre debe dar lugar a una indemnización por daños morales, estimando la Sala correcta, adecuada y proporcional a los daños causados y a la gravedad del proceder empresarial, hallándose dentro de los parámetros que pueden considerarse normales, no debiendo olvidarse que el daño moral, por su naturaleza, responde a algo inmaterial difícilmente mensurable por pertenecer a la intimidad de la persona que lo sufre”.



26. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO DE 21 DE JUNIO DE 2005, REC. 1218/2005. Despido disciplinario de trabajadora embarazada. Calificación de despido nulo independientemente de que la empresa conociera o no la situación de embarazo.

La trabajadora causó baja médica y al siguiente día fue despedida por la empresa reconociendo en la propia carta de despido la improcedencia de la decisión extintiva. Frente a dicha medida se formula demanda ante el Juzgado de lo Social que declara la nulidad del despido condenando a la empresa a la inmediata readmisión.

Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social se interpone recurso de suplicación que es desestimado por el TSJ manteniendo el Tribunal que en aplicación de lo establecido en el art. 55.5 ET la declaración de la nulidad del despido de la trabajadora embarazada operará con independencia de la razón concreta que el empresario haya tenido para la extinción del contrato, esto es aun cuando no fuera esa situación de embarazo la motivadora de la decisión, y con independencia también de su conocimiento o desconocimiento empresarial.

Es importante señalar que la sentencia no se aparta del criterio establecido por el TS en la suya de 26 de febrero de 2004, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina frente a una sentencia del TSJ de Madrid que declaró que para que entre en juego la protección reforzada que frente al despido brinda el art. 55.5 del ET, es preciso que la empresa conozca el estado de embarazo, ya que la citada sentencia del TS no resuelve en realidad la cuestión suscitada, ya que parte del presupuesto de que la empresa conocía del embarazo de la trabajadora, y por tanto ninguna duda cabe en la calificación de la nulidad del despido, pero en modo alguno resuelve el tema acerca de si procede también la nulidad cuando la empresa no conocía el embarazo en cuestión, o más concretamente si la garantía legal opera en todo caso con independencia del conocimiento por la empleadora del estado de la trabajadora, de aquí que el TSJ reitere la doctrina que sobre el particular había mantenido anteriormente en sus sentencias de 5 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2003, concluyendo con el aserto de que el conocimiento de la situación de embarazo por parte de la empresa resulta intrascendente para la calificación del despido como nulo.

La misma doctrina se mantiene, por ejemplo, en la sentencia del TSJ de Asturias de 10 de junio de 2005, rec. 1589/2005 y 21 de enero de 2005, rec. 2912/2004. También TSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005, rec. 2894/2004.



27. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 19 DE MAYO DE 2005, REC. 1117/2005. Excedencia por cuidado de hijos: el derecho al reingreso una vez transcurrido el primer año de reserva del puesto de trabajo, no queda condicionado a la existencia de vacante. Despido nulo en base a la situación de excedencia y sin que sea necesario acreditar móvil discriminatorio.

La trabajadora había solicitado excedencia por un periodo de tres años, al objeto de cuidar de un hijo menor, petición que fue aceptada por la empresa si bien en el escrito se le hacía saber que habría de solicitar el reingreso con anterioridad a la finalización de la excedencia y que éste quedaría condicionado a la existencia de vacantes de igual o similar categoría a la suya.

Antes del vencimiento del plazo de tres años solicitó el reingreso, a la vez que en el mismo escrito pedía la reducción de jornada por nacimiento de nuevo hijo. La empresa contestó esta solicitud indicando que no podía atender a la petición de reingreso ya que “no hay en la actualidad ninguna vacante de igual o similar categoría a la suya”. Frente a tal resolución se formuló demanda por despido que fue desestimada en la instancia por inadecuación de procedimiento.

El recurso de suplicación formalizado por la trabajadora es estimado por el TSJ al entender que se ha producido violación de los preceptos que regulan la exce-

dencia por cuidado de hijos, razonando que los efectos de esta excedencia se distinguen claramente de la excedencia voluntaria, ya que en la primera, la de cuidado de hijos o familiares, lleva aparejada reserva de puesto de trabajo, que en el primer año es del mismo puesto que venía ocupando y a partir de entonces y hasta el plazo máximo de tres años es la de “un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”, de forma que cuando el trabajador excedente pretenda reingresar “jamás podrá alegarse que no existe puesto vacante, porque exista obligación legal de reserva de puesto en los términos indicados”, sin que por tanto puedan aplicarse las reglas que disciplinan la excedencia voluntaria, cuyo reingreso si está condicionado a la existencia de vacante.

Partiendo del anterior presupuesto se declara la nulidad del despido en aplicación de lo establecido en el art. 46.3 ET, toda vez que la nulidad no opera solamente en los casos en que el despido se produzca durante el disfrute de la excedencia, sino especialmente en el caso de que se produzca en el momento de su finalización, cuando la trabajadora solicite el reingreso, pues la nulidad se produce de forma puramente objetiva por el mero hecho de que previamente se haya solicitado la excedencia y con independencia de que la no readmisión obedezca o no a causas discriminatorias.



28. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE ABRIL DE 2005, REC. 6096/2004. El despido dentro del periodo de disfrute del permiso de lactancia ha de ser calificado como nulo.

La trabajadora tras agotar el periodo de descanso por maternidad inició el disfrute de vacaciones y al finalizar el periodo vacacional pasó a la situación de IT derivada de enfermedad común, comunicándole poco después el director de relaciones humanas de la empresa, telefónicamente, que ésta había tomado la decisión de proceder a su despido, aunque sin llegar a notificarle el mismo formalmente. Tras la conversación telefónica la trabajadora comunica a la empresa que cuando se reincorpore haría uso del derecho de lactancia y adelantaba el deseo de reducir su jornada de trabajo. En el mismo día en que la empresa recibía por burofax la comunicación de la trabajadora, y antes de la entrega del mismo, la empresa comunicó a la trabajadora la extinción del contrato de trabajo, reconociendo en la propia comunicación la improcedencia del despido.

Formulada demanda por despido, el Juzgado de lo Social estimó la pretensión de la actora sobre declaración de nulidad, siendo recurrida dicha sentencia ante



el TSJ de Madrid que desestimó el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

La tesis sustentada por la empresa en suplicación consistió en que la trabajadora cuando fue despedida se hallaba en situación de IT derivada de enfermedad común, sin que hubiera iniciado el disfrute del permiso de lactancia, de forma que la calificación de la nulidad del despido excedía notoriamente de los supuestos contemplados en el art. 55.5 del ET. Esta tesis es rechazada por el TSJ sobre la base de entender que el despido tuvo lugar dentro del periodo que el art. 37.4 ET reconoce como de disfrute del permiso de lactancia, que supone un derecho ex lege, que no puede ser desconocido o negado por la empresa y del que la actora era titular, tal y como determina la exposición de motivos de la Ley 39/99, pudiendo cederlo al padre del niño, lo que aquí no aconteció, por lo que únicamente la demora en la reincorporación efectiva de la trabajadora tras finalizar el periodo de descanso por maternidad, por el disfrute de vacaciones y sucesiva enfermedad, impidió la materialización del permiso, ya que es evidente que el mismo no puede solicitarse hasta que cese la suspensión del contrato por las aludidas contingencias, todo lo cual conduce a entender que es de aplicación al supuesto enjuiciado lo establecido en el art. 55.5 ET y, en consecuencia resulta plenamente ajustado a derecho la calificación de nulidad del despido.