



SENTENCIAS COMENTADAS

2007 8 PRIMER CUATRIMESTRE

MONOGRÁFICO 8 DE MARZO

El resumen de las sentencias que componen el presente Observatorio Jurídico tiene como común denominador su relación con la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación de la mujer.

Son estas recientes sentencias de gran trascendencia para hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación, pues pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Constitución española y la proclamación solemne que hace en su artículo 14 del principio de igualdad de todos los españoles ante la ley y la prohibición de la discriminación, así como de su plasmación en el Estatuto de los Trabajadores, lo cierto y verdad, es que, al día de hoy y pese a los avances innegables, seguimos asistiendo a prácticas empresariales discriminatorias contra la mujer.

El conjunto de los Tribunales son cada vez más sensibles a la hora de sancionar las prácticas empresariales discriminatorias, pero también es cierto, que hay que seguir acudiendo con mayor frecuencia que la deseada al Tribunal Constitucional para solicitar el amparo por la vulneración de estos derechos fundamentales, dado que las trabajadoras no obtienen dicho amparo en los Tribunales ordinarios. Ejemplo de ello, es la sentencia del Tribunal Constitucional nº. 324/2006, de 20 de noviembre, sobre el derecho a disfrutar de vacaciones anuales después de un per-

miso por maternidad, derecho que había sido denegado por la empresa (Ayuntamiento) alegando haber concluido el año natural para su disfrute, criterio sustentado por los Tribunales ordinarios

Por otro lado, se hace necesario hacer una llamada de atención sobre las continuas y numerosas violaciones cometidas por las Administraciones Públicas contra el derecho a la igualdad y la no discriminación de sus trabajadoras. Si las prácticas discriminatorias son todas ellas rechazables sin excepción, las cometidas por las Administraciones Públicas resultan inadmisibles, siendo intolerable que se sigan produciendo al día de hoy cuando existe un cuerpo legal y jurisprudencial solidamente establecido que no sólo proclama el principio de igualdad y la no discriminación, sino que ha definido clara y concretamente sus contornos conceptuales sustanciales y obliga a las autoridades a velar para que dichos derechos fundamentales se cumplan.

Por último, solo nos resta referirnos a que con la aprobación de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres se da un nuevo y gran paso en el camino de la igualdad y no discriminación, pero no es, no puede ser el último. Es labor de todas y todos seguir luchando contra las prácticas discriminatorias y hacer realidad el derecho, máxime cuando con la aprobación de esta nueva Ley, se establecen nuevos derechos. Es nuestra obligación exigir su cumplimiento.

fundación **sindical** de estudios

observatorio jurídico

www.fundacionsindicaldeestudios.org

Presidente: Rodolfo Benito Valenciano

Vicepresidenta: Elvira S. Llopis

Coordinador: José Luis Álvarez

Publicaciones: Adela Crespo Álvarez

Edita: Fundación Sindical de Estudios

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

Centro "Abogados de Atocha". Sebastián Herrera, 14





SENTENCIAS COMENTADAS

EN ESTE NUMERO

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (GRAN SALA), DE 3 OCTUBRE 2006, ASUNTO C/17/05, B. F. CADMAN. Petición de decisión prejudicial sobre interpretación del artículo 141 CE. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Antigüedad laboral utilizada como criterio retributivo y que tiene un efecto desigual en función del sexo de los trabajadores.
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 3/2007, DE 15 DE ENERO. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: denegación a trabajadora del derecho a reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años, interpretando la Ley sin ponderar el derecho fundamental.
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 342/2006, DE 11 DE DICIEMBRE. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: despido de trabajadora embarazada. Indicios de discriminación no rebatidos de contrario.
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 324/2006, DE 20 DE NOVIEMBRE. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo (embarazo): pérdida de las vacaciones anuales después del permiso de maternidad por haber concluido el año natural.
5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 214/2006, DE 3 DE JULIO. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora a causa de su situación de baja por maternidad.
6. TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 16 NOVIEMBRE 2006, REC. 1471/2005. Base reguladora de la prestación correspondiente a descanso por maternidad: cuando la trabajadora viene percibiendo cantidades variables procede el cómputo anual de las retribuciones y no el del mes anterior a la fecha de la baja.
7. TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 24 OCTUBRE 2006, REC. 2154/2005. Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de trabajadora con jornada reducida por cuidado de hijos. El salario regulador de la indemnización ha de ser el de jornada completa. No obstante no se aprecia la nulidad del despido objetivo por ofrecimiento de indemnización inferior, al estimar que se trata de un error excusable.
8. TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 19 JULIO 2006, REC. 1452/2005. SALA GENERAL Despido nulo: no procede llevar a cabo dicha calificación en aplicación de lo establecido en el art. 55.5.b) ET, sino consta que la empresa tenía conocimiento de la situación de embarazo de la trabajadora. La calificación de nulidad no es automática por el mero hecho del embarazo, exigiéndose el que la empresa tuviera conocimiento de tal circunstancia. Voto particular en contra postulando la nulidad del despido.
9. TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 31 ENERO 2006, REC. 5473/2004. Prestación contributiva por desempleo: la base reguladora se calcula en función del promedio de cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo, de forma que si la trabajadora mantiene jornada reducida la prestación por desempleo se calcula en base a dicha jornada y no con jornada completa.
10. TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3ª) DE 6 MARZO 2006, REC. 10507/2003. Acceso a la función pública: el embarazo de una participante en las pruebas de acceso no puede justificar ni la no realización de una prueba física ni su modificación, sino que debe ser la propia embarazada quien asuma la decisión de la realización o no de la prueba, con las consecuencias que de ello se deriven.
11. TSJ DE CANTABRIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2006, REC. 943/2006. Despido nulo de trabajadora en situación de IT por causa de embarazo. La declaración de nulidad se produce de forma automática por el hecho de hallarse el contrato suspendido.
12. TSJ DE CASTILLA LEON/BURGOS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2006, REC. 518/2006. Reducción de jornada para el cuidado de hijo menor de seis años. Derecho de la trabajadora a trabajar sólo en jornada de tarde.
13. TSJ DE CASTILLA LEON/VALLADOLID DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006, REC. 1794/2006. Derecho al disfrute de vacaciones tras descanso por maternidad. Trabajadora que tras el descanso por maternidad pasa a la situación de excedencia por cuidado de hijo, sin solución de continuidad.



SENTENCIAS COMENTADAS

EN ESTE NUMERO

14. TSJ DE BALEARES DE 30 DE OCTUBRE DE 2006, REC. 455/2006. Prestación por maternidad: procede reconocer derecho a dicha prestación por adopción de la hija de su esposo de cinco años de edad.
15. TSJ DE BALEARES DE 24 DE OCTUBRE DE 2006, REC. 437/2006. Prestación por maternidad: cálculo de la base reguladora cuando en el mes anterior al inicio del descanso maternal la trabajadora había permanecido parcialmente en situación de permiso sin sueldo.
16. TSJ DE EXTREMADURA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006, REC. 570/2006. DESPIDO NULO: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. Comunicación de terminación de contrato temporal después de permanecer en BAJA MATERNAL y mientras disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijo. Contrato temporal fraudulento.
17. TSJ DE MURCIA DE 3 DE JULIO DE 2006, REC. 705/2006. Prestación de maternidad: cálculo de la base reguladora cuando tan solo se prestan servicios esporádicos en algunos días del mes.
18. TSJ DE LA RIOJA DE 29 DE JUNIO DE 2006, REC. 226/2006. DESPIDO NULO: De trabajadora producido durante el PERMISO DE LACTANCIA. El hecho de que el despido se notifique justo a la finalización de la BAJA MATERNAL constituye indicio suficiente de la violación del derecho fundamental a la no discriminación.
19. TSJ DE MADRID DE 27 DE JUNIO DE 2006, REC. 519/2006. Despido de una trabajadora subsigu-

iente al disfrute por la misma de una EXCEDENCIA por cuidado de hijos y de una BAJA MATERNAL. DESPIDO NULO: También son incidios de la DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO la invocación en la carta de despido un motivo irracional y el reconocimiento empresarial de su improcedencia.

20. TSJ DE CASTILLA LEON/VALLADOLID DE 19 DE JUNIO DE 2006, REC. 1040/2006. Igualdad ante la Ley: vulneración por la existencia de diferencias retributivas que implican desigualdad por razón de sexo. Indemnización derivada de la reparación de las consecuencias del acto ilícito.
21. TSJ DE ARAGON DE 7 DE JUNIO DE 2006, REC. 460/2006. Despido nulo: extinción de contrato temporal de trabajadora en situación de baja maternal que solicita reducción de jornada por cuidado de hijo menor.
22. TSJ DE CANTABRIA DE 22 DE FEBRERO DE 2006, REC. 98/2006. DESPIDO producido inmediatamente después de baja de maternidad: Es un DESPIDO NULO aunque la trabajadora no hubiera llegado a solicitar el disfrute del permiso de LACTANCIA, al resultar DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE SEXO: Conexión temporal con la maternidad e inconsistencia de los motivos invocados por la empresa para justificar la extinción del contrato.
23. TSJ DE MADRID DE 31 DE ENERO DE 2006, REC. 4129/2005. Despido nulo: violación de derechos fundamentales. Discriminación por razón de sexo.



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (GRAN SALA), DE 3 OCTUBRE 2006, ASUNTO C/17/05, B.F.CADMAN. Petición de decisión prejudicial sobre interpretación del artículo 141 CE. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Antigüedad laboral utilizada como criterio retributivo y que tiene un efecto desigual en función del sexo de los trabajadores.

Según jurisprudencia reiterada del TJCEE el art. 141 CE debe interpretarse en el sentido de que, cuando exista una apariencia de discriminación, corresponde al empresario demostrar que la práctica de que se trata se halla justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (SSTJCE de 17 de octubre de 1989, C/109/88, Danfoss; de 27 de junio de 1990, C/33/89, kowalska; de 17 de junio de 1988, C/243/95, Hill y Stapleton y de 23 de octubre de 2003, C/4/02 y C/5/02, Schonheit y Becker). La justificación aportada deberá basarse en una finalidad legítima y los medios elegidos para alcanzar dicha finalidad deberán ser idóneos y nece-

sarios para conseguir dicho efecto (STJCE de 13 mayo 1986 C/170/84, Bilka).

En la sentencia Danfoss, el Tribunal de Justicia, después de haber declarado que no está excluido que la utilización del criterio de la antigüedad pueda redundar en un trato menos favorable para las trabajadoras que para los trabajadores, declaró que, a pesar de ello, el empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización de dicho criterio. Al adoptar este planteamiento el Tribunal vino a reconocer que constituye una finalidad legítima de política retributiva empresarial el hecho de recompensar, en particular, la experiencia adquirida, que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, de forma que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para conseguir tal finalidad, por cuanto que la antigüedad va de la mano con la experiencia y ésta coloca generalmente al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, por lo que, en principio, el empresario puede retribuir la antigüedad sin que tenga que justificar la importancia que reviste para el desempeño de las tareas concretas que le están encomendadas al trabajador. Sin embargo, en la misma sentencia el Tribunal no excluyó que puedan existir situaciones en las que el empresario deba justificar de forma circunstanciada la utilización del criterio de la antigüedad, lo que sucedería cuando el trabajador facilita datos que pueden hacer surgir dudas fundadas acerca de si la utilización de tal criterio es idónea para alcanzar dicha finalidad. En estos casos incumbe al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, a saber, que la antigüedad va de la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trate.

Partiendo de dicha doctrina y en el supuesto analizado en la sentencia de 3 de octubre de 2006, el Tribunal mantiene que el art. 141 CE debe interpretarse en el sentido de que:

- Dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto.
- Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el periodo pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo.

La demandante de amparo, que prestaba servicios profesionales de carácter fijo en un hipermercado, con categoría profesional de cajera-dependienta y jornada de trabajo en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22,15 horas, solicitó de la empresa la reducción de su jornada de trabajo, por guarda legal de un hijo menor de seis años, al amparo del art. 37.5 ET, solicitando como horario reducido el del turno de tarde, de 16 a 21,15 horas y de lunes a miércoles.

La empresa comunicó a la trabajadora su negativa a la reducción solicitada, señalando que el horario reducido a aplicar debía desarrollarse en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado. Frente a tal denegación se formula demanda bajo la modalidad procesal de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal (art. 138 bis LPL), recayendo sentencia desestimatoria de la pretensión de la trabajadora, manteniendo el Juzgado que la solicitud de reducción de jornada no se atiene a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 ET, dado que una interpretación lógica de dicho precepto conduce a entender que la jornada reducida solicitada debe estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada, mientras que en la solicitud presentada por la trabajadora se excluyen, por una parte, varios de los días laborables de trabajo (desde el jueves al sábado) y por otra se suprime por completo el turno de mañana, de manera que, en opinión del Juzgado, lo que se plantea no es meramente una reducción de la jornada sino una modificación de la misma.


Planteado directamente el recurso de amparo, el TC realiza un estudio muy pormenorizado sobre el artículo 14 CE y el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, con cita de copiosa doctrina del propio Tribunal y del TJCE, concluyendo con la afirmación de que la resolución judicial recurrida ha prescindido de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Partiendo de dicho presupuesto entiende el TC que no se ha valorado adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 CE, de manera que, como ha afirmado en otras sentencias (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre y 92/2005, de 18 de abril), el reproche que merece formularse a la sentencia del Juzgado “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”.

En definitiva, entiende el TC que la negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, ni cuales fueron las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte así, en un obstáculo injustifica-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 3/2007, DE 15 DE ENERO. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: denegación a trabajadora del derecho a reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años, interpretando la Ley sin ponderar el derecho fundamental.

do para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo.




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 342/2006, DE 11 DE DICIEMBRE. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: despido de trabajadora embarazada. Indicios de discriminación no rebatidos de contrario.

La recurrente trabajaba para una empresa con categoría de gestora comercial y de marketing, habiendo iniciado su relación laboral mediante un contrato temporal de acumulación de tareas, contrato que tras su conclusión pasó a ser indefinido desde el 23 de octubre de 2000, aumentando la empresa su retribución anual a partir del 1 de noviembre siguiente. Desempeñaba sus funciones en el departamento de marketing de la empresa integrado por la responsable del mismo, la recurrente y una secretaria.

El 29 de septiembre de 2000 contrajo matrimonio, pero acordó con la empresa disfrutar los 15 días de permiso en el mes de diciembre, a fin de que su ausencia no coincidiese con el periodo de descanso por maternidad de la responsable de su departamento. Tras disfrutar el permiso en diciembre la trabajadora se encontraba embarazada y tanto la empresa como sus compañeros conocieron dicha circunstancia en los primeros días de enero de 2001. El 7 de febrero del mismo año la recurrente recibe carta de despido en la que se le imputa disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, cuyas situaciones, según la carta de despido vienen produciéndose desde septiembre de 2000, agravándose en los meses de noviembre y diciembre.

Formulada demanda por despido el Juzgado de lo Social rechaza que se trate de un despido discriminatorio, no obstante lo cual se declara la nulidad del despido de conformidad con lo establecido en el art. 55.5.b) ET, ordenando la inmediata readmisión de la trabajadora en su puesto con abono de los salarios de tramitación y rechazando la pretensión indemnizatoria por daño moral al descartar la existencia de lesión de derechos fundamentales, dado que a juicio del Juzgado el despido no guarda relación con el embarazo de la demandante, manteniendo que no es indicio suficiente de discriminación el que la empresa procediera a despedir a la trabajadora al mes siguiente de dar a conocer su situación de embarazo. Formalizado recurso de suplicación en el que se postulaba la calificación del despido como discriminatorio por razón de sexo, el recurso fue desestimado por el TSJ al mantener que “la empresa demandada demostró, según consta en autos, la existencia de causa razonable para adoptar la decisión de despedir, así como que han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosimilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de los derechos fundamentales.

Tras la no admisión del recurso de casación para unificación de doctrina se interpone recurso de amparo que es estimado por el TC declarando la nulidad del despido por discriminatorio y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia por el Juzgado de lo Social, para que se dicte la resolución judicial que proceda en relación con la pretensión indemnizatoria de la recurrente por vulneración del derecho fundamental reconocido. Para llegar a dicha conclusión el TC sostiene que la demandante acreditó en el caso de autos la existencia de indicios de una conducta empresarial discriminatoria por razón de su embarazo y que la empresa demandada no ha rebatido adecuadamente que la decisión de despedir resultara ajena a cualquier propósito atentatorio de derechos fundamentales. Mantiene el TC que aunque el mero dato del conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora y el posterior despido, no puede constituir, por sí solo un indicio de discriminación por razón de sexo, sin embargo el hecho de haber transformado en indefinido el contrato de trabajo en el mes de octubre, aumentándole el sueldo unos días después, crea la sospecha de verosimilitud de la queja de la recurrente, pues no resultaba coherente el que se le imputen unos hechos producidos a partir de septiembre de 2000 y que un mes más tarde se le haga fija y se le incremente el sueldo, por lo que resulta razonable entender que el despido tiene relación con su situación de embarazo, al llevarse a cabo la extinción del contrato tan solo un mes después de tenerse conocimiento de tal circunstancia, todo lo cual conduce a apreciar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo.




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 324/2006, DE 20 DE NOVIEMBRE. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo (embarazo): pérdida de las vacaciones anuales después del permiso de maternidad por haber concluido el año natural.

La recurrente trabajaba como auxiliar administrativo en el servicio de recaudación de un Ayuntamiento, disfrutando habitualmente sus vacaciones durante el mes de agosto y conforme al calendario que anualmente aprobaba la Alcaldía. En el año 2002 causó baja el 31 de julio (un día antes de empezar sus vacaciones) por enfermedad común, prolongándose esta situación hasta el 25 de septiembre en que dio a luz e inició la baja por maternidad que finalizaba el 14 de enero de 2003. Como la trabajadora deseaba que su mes de vacaciones se le acumulara a la baja de maternidad, para disfrutarlo del 15 de enero al 15 de febrero, solicitó tal acumulación del Ayuntamiento, recibiendo resolución de la Alcaldía desestimatoria de su petición, basándose en que su periodo de vacaciones para el año 2002 estaba fijado para el mes de agosto y aunque en esa fecha no las pudiera disfrutar por causas ajenas a la voluntad del Ayuntamiento, las vacaciones son anulares y anualmente caduca irremediablemente el derecho a disfrutarlas.

Interpuesto recurso contencioso administrativo, el Juzgado dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda, frente a la cual se recurre en amparo, recayendo sentencia del TC por la que se estima parcialmente el recurso y se reconoce su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, anulando la resolución de la Alcaldía y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso objeto de recurso.

El Tribunal lleva a cabo un pormenorizado análisis de su anterior doctrina en materia de discriminación por razón de sexo, y examina igualmente la naturaleza jurídica de las vacaciones y las posibles restricciones a su disfrute y trayendo a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en la sentencia de 18 de marzo de 2004, Asunto Merino Gómez, en la que se sostiene que “cualquiera trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto del de su permiso por maternidad”, debiendo ser así incluso en los supuestos en que se haya superado la fecha límite anual para el disfrute de las mismas, concluye estimando el recurso de amparo y reconociendo tal derecho a la demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 214/2006, DE 3 DE JULIO. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora a causa de su situación de baja por maternidad.

La demandante de amparo se encontraba en situación de desempleo, recibiendo las prestaciones correspondientes que le habían sido reconocidas por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1997 y el 30 de marzo de 1998. El 27 de diciembre presentó en el INEM el parte de baja por maternidad, lo que supuso el aumento de sus prestaciones por desempleo hasta el 100 por 100 de la base reguladora. El 12 de enero siguiente la Delegación Provincial de Educación de la Junta de Andalucía ofertó 15 plazas de monitores de educación especial, solicitando del INEM la remisión de dos candidatos por puesto, incluyéndose en la solicitud el perfil profesional de los candidatos. El INEM envió a la Delegación una lista de 30 candidatos sin incluir a la demandante, pese a que poseía la titulación requerida y contaba con experiencia profesional evaluable. En la base de datos del INEM, la demanda de empleo de la demandante contenía la anotación de “susp. por maternidad”. El 6 de febrero de 1998 la trabajadora solicitó su inclusión entre las candidatas y por resolución de la Delegación Provincial del INEM se desestimó la petición argumentando que, al tiempo de la oferta, se encontraba suspendida la demanda de empleo por un periodo máximo de 16 semanas, por hallarse en situación de incapacidad temporal para el trabajo. Formulado recurso ordinario fue desestimado por silencio administrativo e interpuesto recurso contencioso administrativo el Juzgado anuló la resolución recurrida por contraria al derecho a la igualdad del art. 14 CE, declarando su derecho a ser incluida en la relación de demandantes de empleo presentados

como candidatos a la oferta de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia y al abono de la cantidad que, en concepto de daños y perjuicios, se fijase en ejecución de sentencia.

Frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso se interpone recurso de apelación por el Abogado del Estado, recayendo sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Andalucía/Granada, por la que con estimación del recurso se declara ajustada a derecho la resolución del INEM, manteniendo que durante la situación de embarazo la trabajadora no está en situación de trabajar ni se encuentra disponible legalmente para ser contratada, por lo que debe suspenderse tanto la relación jurídica laboral como la relación existente entre el INEM y la desempleada, pues pretender lo contrario sería discriminatorio para cualquier otro trabajador desempleado que estuviera de baja y no pudiera ser contratado. Frente a esta sentencia se interpone recurso de amparo que es estimado por el TC declarando que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer, anulándose la sentencia de la Sala de lo Contencioso antes referida.

Recuerda el TC que la producción de discriminación por razón de sexo tiene su origen de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 17/2003, de 30 de enero), manteniendo que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor atentatorio a la dignidad del ser humano. La prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determinan que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral para la mujer, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Parte la Sala de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo o en la maternidad, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo, y en el supuesto concreto enjuiciado constata que la demandante de amparo ha sufrido un perjuicio laboral como consecuencia de la decisión del INEM de suspender su demanda de empleo, al suponer tal decisión la no inclusión en la relación de candidatos, lo que impidió a la trabajadora optar a un puesto de trabajo para el que, en principio, resultaba apta, ocasionándole así la pérdida definitiva e irreversible de una oportunidad de empleo, lo que constituye un efecto peyorativo ajeno por completo a la medida de suspensión del contrato de trabajo prevista en el art. 48.4 ET, sin que tal efecto peyorativo pueda aparecer justificado, de manera objetiva y razonable, con la concurrencia de algún obstáculo de naturaleza jurídica o fáctica que impidiera a la demandante de empleo concurrir al proceso selectivo.

Por todo lo anterior concluye el TC que la decisión del INEM careció de cualquier justificación razonable,

resultando discriminatoria para la demandante por su condición de mujer, con vulneración del art. 14 CE, e igualmente resultaba no ajustado a derecho la sentencia de la Sala de lo Contencioso que vulneró de la misma forma tal derecho fundamental, por lo que la reposición a la demandante en la integridad de su derecho se alcanza con la declaración de nulidad de la sentencia de la Sala de lo Contencioso y el mantenimiento íntegro de la sentencia del Juzgado que había apreciado la vulneración del derecho fundamental.



**TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 16
NOVIEMBRE 2006, REC. 1471/2005. Base
reguladora de la prestación correspondiente a
descanso por maternidad: cuando la trabajadora
viene percibiendo cantidades variables procede el cóm-
puto anual de las retribuciones y no el del mes anterior
a la fecha de la baja.**

La trabajadora a que se refiere el presente recurso de unificación inició el periodo de descanso por maternidad en agosto de 2003. Durante los meses de enero a junio de dicho año había cotizado por importe de 1252,17 euros y en julio, mes anterior al inicio del descanso por maternidad, la cotización pasó a 2.502,17 euros, por el abono de un bonus pactado como retribución variable. Solicitado el pago directo de la prestación de maternidad, ésta fue reconocida sobre una base reguladora de 45,91 euros diarios, resultado del cómputo anual de los conceptos percibidos en el mes precedente a la baja.

Disconforme con el cálculo de la base reguladora, la trabajadora solicita que el cómputo de los conceptos se lleve a cabo en función de la cuantía del mes anterior a la baja, pretensión que es estimada en la instancia. Formulada recurso de suplicación, el TSJ revoca la sentencia sobre la base de entender que el complemento salarial abonado a la demandante, en función de su rendimiento individual, no es imputable a ninguna obligación salarial correspondiente a meses anteriores, añadiendo que dicho complemento tiene unos componentes de discrecionalidad y eventualidad que no permiten caracterizarlo como un concepto retributivo de carácter mensual y periódico, al que debe aplicarse la regla de anualización contenida en el art. 13 del Decreto 1646/1972.

Formalizado recurso de casación la Sala lo desestima y confirma la sentencia objeto de recurso sobre la base de entender que el complemento o bonus que aquí se discute no es imputable a ninguna obligación salarial correspondiente a meses anteriores, sin que quepa aplicar el criterio de la mensualización, sino el de anualización para ajustarse a lo percibo a un concepto retributivo que no tiene carácter periódico, de todo lo cual se infiere que la sentencia recurrida es ajustada a derecho, al igual que la resolución administrativa que aplicó el criterio de anualización al bonus salarial abonable en el mes anterior al inicio del descanso por maternidad.



**TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 24
OCTUBRE 2006, REC. 2154/2005. Extinción
del contrato de trabajo por causas objetivas
de trabajadora con jornada reducida por cuida-
do de hijos. El salario regulador de la indemnización ha
de ser el de jornada completa. No obstante no se apre-
cia la nulidad del despido objetivo por ofrecimiento de
indemnización inferior, al estimar que se trata de un
error excusable.**

La empresa comunicó a la trabajadora su despido objetivo al amparo del art. 52.d) ET, en el momento en que se hallaba en situación de reducción de jornada por guarda legal prevista en el artículo 37.5 ET, poniendo a su disposición una indemnización calculada sobre el salario percibido en jornada reducida. Formulada demanda por la trabajadora, el Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimando la misma y declarando la improcedencia del despido y extinguida la relación laboral, absolviendo a la empresa de los pedimentos de la demanda, salvo en lo concerniente a la indemnización legal por extinción de la relación laboral, al condenar a la empresa a abonar la indemnización tomando como base de cálculo el salario correspondiente a la jornada completa. Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación que fue estimado por la Sala de lo Social en el sentido de declarar la nulidad del despido por insuficiencia de la indemnización puesta a disposición de la demandante, condenando a la empresa a la admisión de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir.

Recurrida dicha sentencia en casación unificadora, la cuestión queda circunscrita exclusivamente a precisar si el error de la empresa en el cálculo del importe de la indemnización es o no excusable, ya que de ser así, procedería mantener como ajustada a derecho la extinción del contrato producida, mientras que en el supuesto de entender que dicho error no es excusable, lo procedente sería la declaración de nulidad del despido en aplicación de lo establecido en el art. 53 ET. Así pues, no se discute en el recurso, al ser admitido por la empresa, que el salario computable para el cálculo de la indemnización por despido objetivo, es el que corresponde a la jornada completa y no al de la jornada reducida por guarda legal.

Entiende la Sala, que la cuestión suscitada admite el mantenimiento de posturas divergentes, ya que no existe normativa alguna que precise con exactitud cual deba ser el salario a tomar en consideración en supuestos como el presente, por lo que no parece razonable privar al ofrecimiento de la indemnización, calculada sobre el salario real percibido, los efectos que le son propios, máxime teniendo en cuenta que sobre la materia han existido, en otros campos, posturas divergentes, como sucede por ejemplo en materia de base reguladora de la prestación contributiva por desempleo, que tras algún pronunciamiento inicial (STS 6 abril 2004) favorable a tomar en consideración la base reguladora correspondiente a la jornada completa, se ha optado finalmente (STS, Sala General, de

2 Noviembre 2004) por mantener que dicha base de cálculo de la prestación ha de corresponderse con la que realmente se cotizaba en la fecha del despido, que en definitiva es la de la jornada reducida.

En definitiva el TS estima el recurso planteado por la empresa y con revocación de la sentencia recurrida, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia del juzgado de instancia que había declarado procedente el despido y extinguida la relación laboral, si bien con la obligación de abono de la diferencia de indemnización, en función de calcular la misma sobre el salario a jornada completa.



TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 19 JULIO 2006, REC. 1452/2005. SALA GENERAL
Despido nulo: no procede llevar a cabo dicha calificación en aplicación de lo establecido en el art. 55.5.b) ET, sino consta que la empresa tenía conocimiento de la situación de embarazo de la trabajadora. La calificación de nulidad no es automática por el mero hecho del embarazo, exigiéndose el que la empresa tuviera conocimiento de tal circunstancia. Voto particular en contra postulando la nulidad del despido.

La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es la interpretación que deba darse al art. 55.5.b) ET, en los supuestos de despido de mujeres embarazadas, y más concretamente determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho del embarazo por parte del empresario, ya que consta como hecho probado que el despido se produjo desconociendo la empresa el estado de embarazo de la trabajadora.

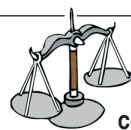
En el supuesto enjuiciado la trabajadora fue objeto de despido reconociéndose la improcedencia y procediendo la empleadora a efectuar la oportuna consignación de la indemnización legalmente establecida. Formulada demanda de despido en la que se postulaba la declaración de nulidad, recayó sentencia por la que se declaraba ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia llevado a cabo por la empresa en la misma fecha en que efectuó el despido, llevado a cabo antes de conocer el estado de embarazo de la trabajadora, e igualmente se declaraba ajustada a derecho la cantidad consignada por indemnización, con absolución por tanto a la empresa de los pedimentos de la demanda. Formulada recurso de suplicación la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Granada estimó el recurso y con revocación de la sentencia recurrida declaró la nulidad del despido acordado, con los efectos inherentes a dicha declaración, siendo esta la sentencia que es objeto de recurso de casación para unificación de doctrina.

El TS, constituido en Sala General, estima el recurso, manteniendo que el conocimiento por el empleador del estado de embarazo es elemento o requisito constitutivo del despido nulo de la mujer

embarazada, razonando que para que un despido pueda ser "motivado" por el embarazo, es necesario que exista el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación, de forma que cuando no conste acreditado tal conocimiento el despido no puede ser declarado sin más como nulo.

La sentencia contiene un voto particular suscrito por siete Magistrados, en el que se sostiene que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa con independencia de que se acredite o no la existencia de indicios de discriminación, por lo que resulta intrascendente el conocimiento empresarial de la circunstancia del embarazo.

El mismo criterio de rechazar la calificación del despido como nulo se contiene en la sentencia de Sala General de igual fecha, de 19 de julio de 2006, recurso 687/2005.



TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 31 ENERO 2006, REC. 5473/2004. Prestación contributiva por desempleo: la base reguladora se calcula en función del promedio de cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo, de forma que si la trabajadora mantiene jornada reducida la prestación por desempleo se calcula en base a dicha jornada y no con jornada completa.

La trabajadora se acogió a la reducción de su jornada por nacimiento de un hijo, pasando de 40 horas semanales a 22 horas y 30 minutos. Cuando se hallaba en tal situación fue despedida y solicitada prestación por desempleo le fue reconocida tomando en consideración la reducción de jornada. Frente a la resolución del INEM se formula demanda que es desestimada en la instancia, si bien recurrida en suplicación es estimado el recurso por el TSJ de Aragón, que deja sin efecto los acuerdos del INEM y declara el derecho a que la prestación por desempleo se haga efectiva con sujeción a la base reguladora de los 180 días anteriores a la fecha de iniciación de la reducción de jornada.

El TS estima el recurso de casación planteado y mantiene que la prestación de desempleo ha de ser calculada en función del promedio de cotización de los 180 días anteriores a la situación de desempleo, al haber modificado la Sala el criterio anterior, favorable al cómputo de la base reguladora a jornada completa, lo que se produjo en las sentencias de Sala General (dos) de 2 de noviembre de 2004, a partir de las cuales se viene manteniendo el criterio de computar las bases reguladoras, en supuestos de jornada reducida, en función de la cotización efectivamente realizada en los 180 días inmediatamente anteriores, sea cual fuere la jornada mantenida en ese periodo, situación esta que obviamente origina un notorio perjuicio para las trabajadoras que accedan a la situación de desempleo en dicha situación de jornada reducida.



TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3ª) DE 6 MARZO 2006, REC. 10507/2003. Acceso a la función pública: el embarazo de una participante en las pruebas de acceso no puede justificar ni la no realización de una prueba física ni su modificación, sino que debe ser la propia embarazada quien asuma la decisión de la realización o no de la prueba, con las consecuencias que de ello se deriven.

La recurrente, maestra interina en la especialidad de educación física, concurrió al concurso oposición convocado por la Generalidad Valenciana para el ingreso en el Cuerpo de Maestros, dirigiendo escrito al Director Territorial de Educación de Alicante exponiendo que se hallaba en la 17 semana de gestación y que, por indicación médica y ante los posibles riesgos que pudiera suponer para su hijo y para ella misma, no debería realizar las pruebas prácticas requeridas, por lo que solicitaba que fuera medida su capacidad práctica mediante cualquier sistema alternativo, solicitando en cualquier caso o bien un aplazamiento de la prueba práctica, o bien que se tuviera en cuenta que ya había superado en anteriores convocatorias este requisito.

Contra la denegación por silencio administrativo de la petición deducida formuló recurso de alzada, recayendo resolución denegatoria en la que se argumentaba que la falta de impugnación en plazo de las bases de la convocatoria impedía atender las pretensiones esgrimidas. Frente a esta resolución se interpuso recurso contencioso administrativo que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso del TSJ de la Comunidad Valenciana, y deducido recurso de casación es desestimado por el TS, con imposición de las costas del recurso, si bien limitando su importe a 300 euros.

El TS justifica la desestimación del recurso en el hecho de que la recurrente no impugnó las bases de la convocatoria cuando podía haberlo hecho, pero además añade que el proceso selectivo no puede suspenderse indefinidamente hasta el momento, indeterminado en el tiempo, en el que, plenamente recuperada del parto, la recurrente estuviere en condiciones de realizar la prueba, manteniendo además que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa determinar que otra prueba, en sustitución de la prevista en las bases, resulte idónea para, a un tiempo, satisfacer la pretensión de la recurrente y mantener la condiciones de igualdad entre los participantes en el concurso oposición, lo que conduce, sin más, a desestimar el recurso.

Como puede apreciarse el TS aplica estrictamente lo establecido en las bases de la convocatoria, prescindiendo de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora tiene el hecho de hallarse en estado de gestación en el momento preciso de realización de pruebas físicas incompatibles con su estado, por lo que pudiera entenderse que la doctrina contenida en la sentencia anota-

da no resulta acorde con los criterios mantenidos por el Tribunal Constitucional, resumidos en la reciente sentencia 3/2007 de 15 de enero.



TSJ DE CANTABRIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2006, REC. 943/2006. Despido nulo de trabajadora en situación de IT por causa de embarazo. La declaración de nulidad se produce de forma automática por el hecho de hallarse el contrato suspendido.

El supuesto de hecho del que parte la sentencia viene referido a una trabajadora que se hallaba embarazada y cuyo estado era conocido por las compañeras de trabajo, que inicia una situación de incapacidad temporal con diagnóstico de náuseas del embarazo y que varios días después es dada de baja por la empresa, por baja voluntaria. Formulada demand por despido el Juzgado de lo Social declara su improcedencia, formalizándose recurso de suplicación que es estimado por la Sala en el sentido de declarar la nulidad de dicho despido.

Mantiene el TSJ que el art. 55.5 ET regula, para situaciones relacionadas con la maternidad, embarazo, etc., dos supuestos netamente diferenciados. El primero, contemplado en el apartado a), viene referido a la calificación de despido nulo en los supuestos de "trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato...", mientras que el apartado b) hace referencia a las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la de comienzo del periodo de suspensión por maternidad, situación esta última que es la que ha sido analizada por la Sala General del TS en sus sentencias de 19 de julio de 2006 y las que se ha mantenido que para que opere la calificación de nulidad automática en el despido es necesario acreditar que la empresa tenía conocimiento de la situación de embarazo de la trabajadora.

Pero el supuesto aquí analizado se residencia en el apartado a), que como antes se indica contempla el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad, riesgo de embarazo, etc, considerando la Sala que en este caso basta con acreditar que existe una situación de baja derivada de cualquiera de las circunstancias contenidas en dicho apartado, para que opere de forma automática la nulidad del despido. Por tanto, como este es el supuesto examinado en la sentencia, art. 55.5.a), la consecuencia no puede ser otra que la declarar la nulidad del despido de la trabajadora producido mientras se hallaba en situación de baja laboral por causa de su embarazo.

A mayor abundamiento, mantiene la Sala que aun cuando se aplicara a este supuesto la doctrina unificada contenida en las sentencias del TS antes citadas, la conclusión habría de ser la misma, ya que si constaba en el parte de baja de la actora que su situación de IT derivaba de náuseas producidas por embarazo, es obvio que al tener acceso la empresa a dicho parte de baja, ésta tenía conocimiento de tal situación y por tanto también por esta vía el despido deviene nulo con las consecuencias inherentes a ello.



TSJ DE CASTILLA LEON/BURGOS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2006, REC. 518/2006.

Reducción de jornada para el cuidado de hijo menor de seis años. Derecho de la trabajadora a trabajar sólo en jornada de tarde.

La demandante venía trabajando para un servicio municipalizado dependiente de un Ayuntamiento, en jornada de mañana y tarde, solicitando la reducción a la mitad de la jornada y trabajando solamente en jornada de tarde. El organismo demandado reconoció inicialmente tal derecho, si bien posteriormente requirió a la demandante para que desempeñara sus funciones en turnos de mañana y tarde, según correspondiera, sin perjuicio de que tales turnos se prestaran en jornada reducida.

Frente a tal decisión de la entidad demandada formula demanda sobre fijación horaria en jornada reducida, junto con otros pedimentos, que es estimada en la instancia, confirmando dicha resolución la sentencia recaída en suplicación, en la que se mantiene que la determinación fijada en el art. 37.5 ET en orden a la cuestión de precisar a quien correspondería fijar el concreto horario a desempeñar como consecuencia de la reducción de jornada, no tiene una solución unívoca, sino que, por el contrario, ha de ser resuelta atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y buscando en la medida de lo posible armonizar los intereses de la empresa y los de los trabajadores, salvaguardando siempre el ejercicio, específicamente conferido al trabajador, de poder optar por la reducción de su jornada de trabajo, lo cual implica la necesidad de evitar que prosperen conductas arbitrarias y carentes de justificación razonable.

Partiendo de lo anterior, mantiene la Sala que no existe ninguna razón objetiva alegada por la empresa para no acceder a las pretensiones de la actora, particularmente en función de las circunstancias que concurren, lo que lleva a la Sala a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

Conviene resaltar sobre el particular que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la interpretación del art. 37.5 ET en la sentencia 3/2007, de 15 de enero, en la que aprecia que se vulnera el derecho a no ser discriminada por razón de sexo por la denegación del derecho a reducir jornada con elección de horario, cuando se interpreta dicho precepto, el 37.5 sin ponderar el derecho fundamental en juego.



TSJ DE CASTILLA LEON/VALLADOLID DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006, REC. 1794/2006.

Derecho al disfrute de vacaciones tras descanso por maternidad. Trabajadora que tras el descanso por maternidad pasa a la situación de excedencia por cuidado de hijo, sin solución de continuidad.

La trabajadora demandante no pudo disfrutar sus vacaciones ya que en la fecha acordada en la empresa para su disfrute se hallaba en situación de descanso por maternidad. Un mes antes de finalizar dicho descanso solicita de la empresa se le conceda el disfrute de 23 días de vacaciones desde el 30 de noviembre al 22 de diciembre de 2005 y la empresa le contesta que no se los concede, ya que las vacaciones no pueden ser cambiadas de fecha, y si la trabajadora no las ha disfrutado ha sido precisamente por causa de hallarse en situación de permiso por maternidad. Ante dicha negativa la trabajadora solicita pasar a la situación de excedencia por cuidado de su hijo tan pronto como finaliza el permiso de maternidad, de forma que no llega a reincorporarse ni un solo día al trabajo.

Frente a la negativa al reconocimiento del derecho a disfrutar vacaciones formula demanda que tras diversas incidencias procesales concluye con sentencia del Juzgado de lo Social que reconoce el derecho a disfrutar las vacaciones solicitadas, e interpuesto recurso de suplicación por la empresa es desestimado.

Alega la empresa recurrente que no puede solicitarse el disfrute de vacaciones cuando se ha pasado sin solución de continuidad de la situación de descanso por maternidad a la situación de excedencia, sin haber estado dada de alta en la empresa tras la maternidad ni un solo día, argumento que es rechazado de plano por la Sala ya que la trabajadora solicitó disfrutar las vacaciones al término del permiso por maternidad y sólo la negativa empresarial a conceder dichas vacaciones motivó que de forma inmediata, sin mediar ni un solo día, se solicitara pasar a la situación de excedencia, lo que no habría acontecido de haberse reconocido el derecho a vacaciones, ya que en tal caso la excedencia habría operado desde la finalización del periodo vacacional, de forma que la desestimación de la demanda implicaría convalidar una actuación de la empresa manifiestamente ilegal, por lo que frente a dicha argumentación se reconoce el derecho al disfrute vacacional denegado en su día.




TSJ DE BALEARES DE 30 DE OCTUBRE DE 2006, REC. 455/2006. Prestación por maternidad: procede reconocer derecho a dicha prestación por adopción de la hija de su esposo de cinco años de edad.

prestación por adopción de la hija de su esposo de cinco años de edad.

La demandante solicitó prestación por maternidad derivada de adopción de la hija de su esposo, siéndole denegada la misma por entender que al ser la niña adoptada hija de su esposo, ésta no se integra en la unidad familiar en el momento de la adopción. Frente a dicha denegación se formula demanda que es estimada por el Juzgado de lo Social declarando que la trabajadora tiene derecho a percibir las prestaciones por maternidad que derivan de la adopción de su nueva hija, por el periodo y en la cuantía que legalmente correspondan. Formulado recurso de suplicación por el INSS, ha sido desestimado.

Interesa resaltar en este peculiar asunto que la niña adoptada había sido ingresada en un centro de acogi-

da y que hallándose en tal situación falleció la madre biológica. En el mes anterior al fallecimiento de la madre el padre de la niña contrajo matrimonio con la actora y pidió que cesara la situación de acogimiento, accediéndose por el Instituto de Servicios Sociales a la convivencia de la menor con su padre y con la demandante bajo estrictas condiciones y por un periodo de un año. Tras el transcurso de ese año es cuando tiene lugar la adopción efectiva por parte de la actora y la solicitud de prestaciones por maternidad que le son reconocidas tanto en la instancia como en suplicación. Partiendo de la anterior situación de hecho entiende el TSJ que los arts. 48.4 ET y 133 bis LGSS conceden al trabajador derecho a disfrutar de un descanso de dieciséis semanas y a percibir el subsidio de maternidad, en los casos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años, sin prever excepciones que excluyan de la aplicación de la norma a supuesto alguno de adopción, por lo que en el presente caso se dan los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento del expresado derecho y en consecuencia se reconoce la prestación solicitada.




TSJ DE BALEARES DE 24 DE OCTUBRE DE 2006, REC. 437/2006. Prestación por maternidad: cálculo de la base reguladora cuando en el mes anterior al inicio del descanso maternal la trabajadora había permanecido parcialmente en situación de permiso sin sueldo.

La trabajadora, que prestaba servicios en una Fundación, se matriculó para la realización de estudios de profesora de educación infantil y para realizar las prácticas solicitó y obtuvo un permiso sin sueldo durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo y el 16 de abril de 2005. Inició una situación de incapacidad temporal por contingencias comunes el 17 de abril y el descanso por maternidad el 21 de mayo siguiente. Dado que en el mes anterior a la baja de maternidad, abril, sólo permaneció en alta a partir del día 17 de dicho mes, el INSS le reconoce la prestación dividiendo la base de cotización de los 14 días de abril por los 30 días del mes, resolución frente a la que se alza la demandante, formulando demanda que es estimada tanto en la instancia como en suplicación.

Es cierto que aun cuando el TSJ desestima el recurso del INSS, sin embargo matiza las afirmaciones que contiene la sentencia de instancia, y sienta como doctrina aplicable que en un supuesto tan excepcional como el analizado, la base de cotización a que debe atenerse no es a la del mes anterior a la fecha de iniciación del permiso de maternidad, sino a la base de cotización del último mes en que se prestaron servicios normalizados para la empresa. En efecto, la prestación de ese servicio se vio interrumpido durante mes y medio por un permiso sin sueldo que la actora tuvo necesidad de pedir para realizar las practicas exigidas por los estudios de profesorado que venía siguiendo. Esta circunstancia, absolutamente extraordinaria y coyuntural, no puede traducirse en una con-

siderable merma cuantitativa del subsidio de maternidad que, sin tal suspensión, la trabajadora habría percibido y que si bien sería fruto de la estricta literalidad de la norma, vulnera la finalidad del subsidio de preservar la integridad de los ingresos durante el descanso por maternidad. En definitiva, y por las razones excepcionales apuntadas, entiende la sala que procede la retroacción al último mes trabajado con normalidad, antes de la suspensión del contrato, para que conforme a la base de cotización del mismo se abone la prestación indicada.



TSJ DE EXTREMADURA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006, REC. 570/2006. DESPIDO NULO: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. Comunicación de terminación de contrato temporal después de permanecer en BAJA MATERNAL y mientras disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijo. Contrato temporal fraudulento.

La trabajadora venía prestando servicios a tiempo completo como auxiliar administrativo desde el año 1997, en virtud de sucesivos contratos de trabajo temporales. El día 18-09-2004 había concluido una baja por maternidad, y desde entonces venía disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal de un menor. El 31 de diciembre siguiente, la empresa le comunica la terminación del contrato.

Indica la sentencia que la reducción de jornada a que ha accedido la demandante por tener a su cuidado a un hijo menor de seis años, después de concluir la suspensión del contrato por maternidad, es un indicio suficiente de discriminación en su contra por haber hecho uso del derecho que le otorga el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, para lo que refiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada en las sentencias 175/2005, de 4 de julio y 140/2005, de 6 de junio, respecto a la discriminación por razón de sexo y su una de sus manifestaciones, la determinada por la maternidad de la mujer. Por ello, entiende que la decisión de cesar a la trabajadora demandante tres meses después de que accediera a la reducción de jornada por cuidado de su hijo inmediatamente al terminar la suspensión del contrato por su embarazo, ha de considerarse indicio suficiente de que la medida ha obedecido a un motivo discriminatorio.

La sentencia considera que, en tales condiciones, la empresa sólo podía eludir la declaración de nulidad acreditando la concurrencia de algún motivo objetivo y razonable que justificara su decisión extintiva. Sin embargo, no acepta como válido a estos efectos al argumento de la terminación del contrato de trabajador temporal sobre la consideración de que se trata de un contrato fraudulento dado que las tareas que venía desarrollando obedecían a necesidades permanentes y ordinarias de la demandada, hasta el punto de que su puesto ha sido ocupado por otro trabajador tras su cese.

En todo caso, la declaración de nulidad se imponía desde el momento en que la sentencia de instancia

había declarado la improcedencia del despido de la trabajadora y la empresa no había recurrido tal declaración. En efecto, al momento de producirse el despido, la trabajadora estaba disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de menores, y entiende aplicable el núm. 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, que califica como nulo el despido, entre otros supuestos, de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de los permisos a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37, entre los que está la reducción de jornada que estaba disfrutando la demandante por razones de guarda legal de su hijo menor de seis años.



TSJ DE MURCIA DE 3 DE JULIO DE 2006, REC. 705/2006. Prestación de maternidad: cálculo de la base reguladora cuando tan solo se prestan servicios esporádicos en algunos días del mes.

La trabajadora demandante había sido nombrada Jueza sustituta por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, siendo designada para sustituir a un Juez titular el día 28 de diciembre de 2004, que es el único día que trabajó en ese mes. En ese mismo día solicita prestación económica de maternidad que les es denegada por el INSS al entender que la solicitante no se hallaba en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante de la prestación. Asimismo en el procedimiento judicial seguido para el reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad se discute cual haya de ser la base reguladora de tal prestación, pues mientras que la actora considera que debe ser la base de cotización del único día trabajado en ese mes, el INSS plantea que para el supuesto de reconocer el derecho dicha base reguladora debía ser el resultado de dividir entre 30 la base de cotización del día trabajado.

El Juzgado de instancia desestima la demanda, denegando por tanto el derecho a la prestación de maternidad, y formulado recurso de suplicación el TSJ lo estima y condena al INSS a abonar dicha prestación partiendo de la base reguladora invocada por la demandante, es decir la correspondiente al único día trabajado y sin división alguna por el número de días del mes.

Con relación al reconocimiento del derecho de la prestación por maternidad señala el TSJ que la actora pidió la prestación estando en alta, desde el momento en que la solicitó el único día que trabajó en el mes de diciembre y nada impedía, en una interpretación razonable, entender que el periodo de descanso comenzaba el siguiente día, de forma que, a juicio de la Sala, el hecho causante se produjo el día que trabajó, 28 de diciembre, aunque se empezó disfrutar el descanso el siguiente día, dada la singular situación laboral de la actora.

En cuanto al importe de la base reguladora, la Sala trae a colación la sentencia del TS de 21 de octubre de 2005, en la que se mantiene que para el cálculo de la base reguladora de la prestación por maternidad (o incapacidad temporal) cuando la relación de trabajo no se extienda a todo el mes, los días efectivamente cotizados deben

dividirse solo por el número de días a que dicha cotización se refiere, de forma que como en este caso solo se trabajó un día, procederá dividir por la unidad y en consecuencia la base reguladora diaria será el importe de la cotización correspondiente al expresado día.



TSJ DE LA RIOJA DE 29 DE JUNIO DE 2006, REC. 226/2006. DESPIDO NULO: De trabajadora producido durante el PERMISO DE LACTANCIA. El hecho de que el despido se notifique justo a la finalización de la BAJA MATERNAL constituye indicio suficiente de la violación del derecho fundamental a la no discriminación.

La trabajadora había recibido carta de despido disciplinario mientras se encontraba en situación de baja maternal, haciéndose constar que tendría efectos el mismo día en que finalizaba el período de maternidad.

La empresa discutía la declaración de nulidad del despido, indicando que no despidió a la trabajadora durante el período de gestación ni en el período de baja por maternidad sino que tuvo que esperar al término de este período de baja para ejercer su derecho al despido, respetando así lo señalado en el Estatuto de los Trabajadores. Además, señalaba que el denominado «período de lactancia» ha sido concretado por la legislación y jurisprudencia entre el inicio de la gestación y el fin de la baja por maternidad, por lo que tampoco podía entenderse producido el despido durante tal período a los efectos de imponerse la declaración de nulidad.

La sentencia rechaza el conjunto de argumentaciones empresariales, e indica que la situación de embarazo o de baja por maternidad no impide a la empresa proceder al despido de la trabajadora durante esas situaciones por motivos no relacionados con ellas, sino que únicamente el despido ha de ser declarado nulo si no se declara la procedencia del mismo conforme así determina el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores; no siendo por tanto preciso que la empresa tenga que esperar a la finalización de la baja maternal para que pueda ejercitar su facultad de despido. Y en lo referente al período de lactancia, reseña que es posterior a esa baja y se extiende o puede extenderse hasta los nueve meses de edad del hijo, conforme así establece el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, donde se impone la declaración de nulidad del despido cuando la extinción del contrato no se encuentra justificada.

En todo caso, añade la sentencia que producido el despido justo a la finalización de la baja maternal, tal hecho constituye un indicio suficiente de violación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo establecido por el artículo 14 de la Constitución, que obliga al empresario, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 17/2003, de 30 de enero) a asumir la carga de probar que existen causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva y por tanto que el despido obedece a motivos razonables ajenos a cualquier vulneración de un derecho fundamental, sin que se haya probado por la empresa la concurrencia de motivo lícito

y cierto derivado de la relación laboral, que haya podido justificar la decisión extintiva.



TSJ DE MADRID DE 27 DE JUNIO DE 2006, REC. 519/2006. Despido de una trabajadora subsiguiente al disfrute por la misma de una EXCEDENCIA por cuidado de hijos y de una BAJA MATERNAL. DESPIDO NULO: También son incidios de la DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO la invocación en la carta de despido un motivo irracional y el reconocimiento empresarial de su improcedencia.

La trabajadora venía prestando servicios como profesora de educación infantil y había disfrutado de un período de excedencia de poco menos de seis meses para cuidado de hijo, sucesivo a baja maternal. A los seis días de finalizar la excedencia y sin llegar a incorporarse de forma efectiva, por no existir clases en aquel período, fue despedida alegando la empresa bajo rendimiento durante los seis desde su reincorporación, reconociendo en la misma carta la improcedencia de su decisión a los efectos de limitar el abono de salarios de tramitación.

La sentencia de instancia había declarado la nulidad del despido por tacharlo de discriminatorio por razón de sexo y entenderlo lesivo del art. 14 CE, a pesar de que la trabajadora no había realizado invocación formal de tal derecho fundamental en el juicio. En el recurso de suplicación formulado por la empresa, ésta planteó la incongruencia de la sentencia de instancia por haber resuelto en unos términos diferentes de aquellos en los que se había planteado el debate procesal. La Sala rechaza la existencia de dicho vicio de incongruencia aplicando el principio procesal del iura novit curia, que permite al órgano judicial la aplicación de las normas jurídicas más convenientes a los hechos alegados y probados por las partes.

Además, confirma la existencia de una despido discriminatorio por razón de sexo, rechazando expresamente que la mera terminación de la excedencia que había disfrutado la trabajadora rompa la conexión con la posible naturaleza discriminatoria del acto extintivo. Valora como indicios de la discriminación la cercanía temporal existente entre la finalización de la excedencia y el despido, la falta de justificación por la empresa de su decisión extintiva, declarando la nulidad del despido, por ser el comportamiento empresarial de naturaleza discriminatoria por razón de sexo, al estar vinculada la extinción a la maternidad (hecho diferencial biológico) de la trabajadora, de la que se derivó la baja maternal y la posterior excedencia concluida, y por lo tanto, a su condición de mujer.



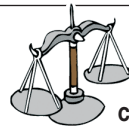
TSJ DE CASTILLA LEON/VALLADOLID DE 19 DE JUNIO DE 2006, REC. 1040/2006. Igualdad ante la Ley: vulneración por la existencia de diferencias retributivas que implican desigualdad por razón de sexo. Indemnización derivada de la reparación de las consecuencias del acto ilícito.

La demandante venía prestando sus servicios laborales como vendedora y su trabajo consistía en atender a los clientes y realizar todo el proceso de venta y entrega de vehículos a los clientes, prestando sus servicios en la empresa otros dos trabajadores con categoría de vendedores que realizan las mismas tareas y funciones que la actora. Los tres trabajadores perciben igual comisión por vehículo vendido, sin embargo, a los otros dos trabajadores, varones, se les abona un salario correspondiente a oficial de primera, en tanto que a la demandante se le abona un salario conforme a la categoría de auxiliar, siendo la diferencia entre ambas retribuciones de 2.454,62 euros.

Formulada demanda sobre tutela de derechos fundamentales, en la que se invoca discriminación por razón de sexo, el Juzgado de instancia estima la demanda y formalizado recurso de suplicación ante la Sala recae sentencia desestimatoria en su integridad del recurso.

Lo que se plantea en el procedimiento es si resulta contrario a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo la diferencia salarial existente entre los dos trabajadores masculinos y la trabajadora demandante, manteniéndose por la empresa que las diferencias salariales establecidas dimanaban de la suscripción de distintos contratos individuales fundados en la autonomía negocial de las partes.

Frente a dicha tesis entiende la Sala que si la trabajadora presta idénticos servicios que sus dos compañeros de trabajo, realizando las mismas funciones, sin que aparezca ningún elemento diferencial en cuanto al contenido de la prestación u otras circunstancias y que esa diferencia salarial se produce en un colectivo de tres personas, de manera que la mujer percibe una retribución inferior respecto a los otros dos trabajadores, tal situación de hecho permite apreciar la existencia de suficientes indicios de discriminación, correspondiendo a la empresa demandada aportar una justificación objetiva y razonable de la expresada diferencia salarial, y como tal justificación está totalmente ausente en el proceso, la conclusión no puede ser otra que la de apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo, viniendo obligada la empresa a reparar las consecuencias derivadas del acto ilícito, mediante el abono de una indemnización equivalente a la diferencia de retribuciones apreciada.



TSJ DE ARAGON DE 7 DE JUNIO DE 2006, REC. 460/2006. Despido nulo: extinción de contrato temporal de trabajadora en situación de baja maternal que solicita reducción de jornada por cuidado de hijo menor.

La demandante había sido contratada para obra o servicio determinado, si bien la sentencia de instancia declara que venía realizando actividades que excedían notoriamente de las del contrato de obra o servicio y que constituían la actividad normal y ordinaria de la empresa. En el mes de mayo de 2005 inicia un periodo de IT por riesgo en su maternidad permaneciendo en dicha situación hasta iniciar el periodo de descanso por mater-

nidad que concluyó el 14 de noviembre de 2005, fecha en que la empresa le comunica que el día 30 del mismo mes finaliza el contrato de trabajo temporal suscrito entre las partes. Consta asimismo como hecho probado que la trabajadora había comunicado verbalmente a la empresa, antes de su reincorporación, la intención de obtener una reducción de jornada.

La sentencia de instancia declaró nulo el despido argumentando que existió un nexo de causalidad entre la maternidad y el despido, y frente a dicha sentencia se alza la empresa en suplicación, siendo desestimado el recurso interpuesto a tal fin, manteniendo a este respecto que la trabajadora ha presentado prueba indiciaria más que suficiente que acredita que el despido tiene relación directa con su maternidad y con la pretensión de reducir su jornada de trabajo por cuidado de su hijo, y frente a dichos indicios la empresa no ha alegado que el despido sea ajeno a cualquiera de las circunstancias expresadas, todo lo cual conduce a la desestimación del recurso, con el consiguiente mantenimiento de la nulidad del despido, y todo ello partiendo del presupuesto de que el contrato había sido suscrito en fraude de ley, por lo que carecía de la naturaleza temporal que le atribuye la empresa.



TSJ DE CANTABRIA DE 22 DE FEBRERO DE 2006, REC. 98/2006. DESPIDO producido inmediatamente después de baja de maternidad: Es un DESPIDO NULO aunque la trabajadora no hubiera llegado a solicitar el disfrute del permiso de LACTANCIA, al resultar DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE SEXO: Conexión temporal con la maternidad e inconsistencia de los motivos invocados por la empresa para justificar la extinción del contrato.

La sentencia enjuicia el despido de una trabajadora que venía prestando servicios como gerente en la empresa desde hacía dos años. El despido se produjo tras el disfrute por la trabajadora de una baja por maternidad y durante sus vacaciones anuales, a las que había accedido directamente desde la baja sin llegar a incorporarse a la empresa. La empresa justificó el despido en su falta de perfil y en la no consecución de los objetivos que se esperaban de ella.

En la instancia se declaró la improcedencia del despido y no su nulidad, porque consideró que para que el despido fuera declarado nulo era necesario que la trabajadora estuviera disfrutando del permiso por lactancia del artículo 37.4 del ET, o que hubiera comunicado a la empresa su intención de hacerlo mediante la oportuna solicitud, lo que no concurría en el litigio.

La sentencia que ahora se comenta estima el recurso de suplicación formulado por la trabajadora y declara la nulidad del despido al considerar que resulta constitutivo de una discriminación por razón de sexo, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes que califica como indicios de la infracción del derecho fundamental en cuestión.

En concreto, valora que el despido se produjo cuando la trabajadora era fija de plantilla y llevaba un período de

tiempo relativamente amplio desarrollando una actividad laboral satisfactoria para la empresa, al no existir antecedentes de los que deducir lo contrario. Además, el despido producido durante el disfrute de las vacaciones puede lesionar el derecho constitucional a la igualdad (artículo 14 CE) y genera un indicio razonable de sospecha, apariencia o presunción de que se infringe ese derecho, por lo que ha de invertirse la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa acreditar la falta de perfil para el trabajo que tiene la actora, lo que no ha hecho, ni se ha tratado de acreditar, así como la imputación de la carta de despido, cuando afirma que no se han cumplido los objetivos que se esperaban de la misma, desconociéndose cuáles son esos objetivos de rentabilidad. En definitiva, entiende que la empresa no acreditó la existencia de causa alguna seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión había sido ajena a todo propósito atentativo del derecho fundamental.



TSJ DE MADRID DE 31 DE ENERO DE 2006, REC. 4129/2005. Despido nulo: violación de derechos fundamentales. Discriminación por razón de sexo.

Consta como hechos probados de la sentencia de instancia que la demandante había hecho público en la empresa su situación de embarazo en el mes de septiembre de 2004 y que en octubre se produjo una interrupción involuntaria del embarazo permaneciendo de baja un sólo día. Posteriormente en ese mismo mes y en el siguiente, noviembre, permaneció varios días de baja y el 13 de noviembre la empresa le comunica el despido reconociendo en el mismo acto la improcedencia de su decisión. No consta como probado el conocimiento empresarial de la interrupción del embarazo.

La sentencia de instancia confirma la declaración de improcedencia del despido, condenando a la empresa al abono de una diferencia observada en el cálculo de la indemnización y frente a dicha sentencia se interpone recurso de suplicación que es estimado en el sentido de declarar la nulidad del despido por su carácter discriminatorio por razón de sexo, condenando a la empresa a la readmisión con abono de salarios de tramitación.

Consta acreditado en autos que el despido de la trabajadora se encuentra directamente relacionado con los procesos de incapacidad temporal mantenidos por la actora, y en la propia impugnación del recurso mantiene la empresa que no puede permitirse que la promoción de ventas de sus productos y los clientes queden desatendidos, porque sus problemas de salud le obliguen a causar baja médica, de lo cual infiere la Sala que al traer su causa la incapacidad temporal del embarazo, la demandada, con sus propios argumentos, está poniendo de relieve una discriminación por razón de sexo, al no haber cumplido con la carga de probar que su decisión obedecía a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental invocado, lo que conduce a la estimación del recurso y a la declaración de nulidad del despido.