

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

OBSERVATORIO

JURÍDICO SOCIOLABORAL

2009
MARZO
01

Mujer
y trabajo



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Observatorio Jurídico Sociolaboral. ISSN 1989-4465

Mujer y trabajo

SUMARIO:

- I. Despido de la trabajadoras embarazada: No es necesario que la empresa conozca el embarazo para que el despido pueda ser declarado nulo. Alcance de la doctrina del Tribunal Constitucional, Sentencia 92/2008 y STS 17-08-08
- II. Boletín Jurídico Laboral
Serie especial de doctrina judicial: Mujer y Trabajo.
 1. Despido y protección de la maternidad.
 2. Discriminación en el empleo y condiciones de trabajo.
 3. Acoso moral y acoso sexual en el trabajo
 4. Protección a la salud
 5. Conciliación de vida personal y laboral.
 6. Protección Social.

OBSERVATORIO JURIDICO SOCIOLABORAL

Director: José Luis Alvarez Rodríguez

Elabora: Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

Coordina este número: Martín Gualda Alcalá

Este Observatorio Jurídico es fruto de la colaboración entre la Fundación Sindical de Estudios, entidad que venía editando este material hasta el momento, y la Fundación 1º Mayo.

NOTA:

Las notas a pie de página se relacionan al final del texto.

DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

No es necesario que la empresa conozca el embarazo para que el despido pueda ser declarado nulo

Alcance de la doctrina del TC, Sentencia 92/2008 y STS 17-10-08

El art. 55.5.b) del ET garantiza la nulidad del despido de la trabajadora embarazada, cuando sea objeto de despido y no concurren las razones justificativas del cese invocadas por el empresario. A la hora de valorar tal garantía, habría de tenerse en cuenta la normativa internacional y comunitaria que configura el marco de protección de las trabajadoras embarazadas frente a las decisiones empresariales que implican la extinción del contrato de trabajo, esencialmente, el art. 5.d) del Convenio 158 de la OIT y la Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las 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 período de lactancia¹.

Sin embargo, tal garantía, que permite la preservación del puesto de trabajo, e impide que la empresa pueda optar por extinguir el contrato mediante el pago de la indemnización de despido improcedente, había perdido una notable virtualidad y eficacia práctica a la vista de la doctrina judicial que había fijado el TS, y que, resumidamente, se concretaba en que para que opere tal garantía legal, era preciso que la empresa conociera que la trabajadora estaba embarazada al tiempo del despido.

En relación con esta cuestión, constituyó punto de arranque de la doctrina jurisprudencial posterior la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004, Rec. 2569/2003, en la que con relación al despido de trabajadoras embarazadas, se vino a supeditar la calificación de nulidad a que la empresa que procede al cese tenga conocimiento del estado de gestación en que se encuentra la trabajadora. Para llegar a tal conclusión, reseñó que la garantía establecida en el art. 55.5 del ET tiene por objeto 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, entendiéndose por mujer embarazada a tales efectos «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales», conforme a la definición dada por la Directiva 82/85/CEE. En la sentencia se indica que no cabe exigir a la trabajadora que comunique su estado de embarazo al Consejo de Administración de la sociedad o al Jefe de Departamento de RRHH, siendo suficiente que dicha noticia llegara al jefe superior de la trabajadora, lo que en este caso permitió la declaración de nulidad del despido, pese al reconocimiento de la improcedencia del mismo por parte de la empresa en el acto de conciliación previo.

En definitiva, la sentencia vino a exigir que para poder calificar el despido de una trabajadora embarazada como nulo, no cabe aplicar automáticamente el art. 55.5 del ET, sin más condicionantes, sino que resultaba necesario que el estado de gestación hubiera sido previamente conocido por el empresario, en cuyo caso, salvo que se acredite la procedencia del cese ocurrido, la calificación del despido ha de ser la de nulo. De esta forma, aun cuando no exigía la previa comunicación de la trabajadora a la empresa sobre su

estado de embarazo, su realidad debía de ser conocida por la empresa para que pudiera operar la garantía legal antedicha. En ausencia de tal conocimiento, el despido que se produzca no sería calificado ope legis como nulo, admitiendo en consecuencia la posible declaración de improcedencia del mismo.

El criterio judicial anticipado en la citada Sentencia de 26 de febrero de 2004 se fijó de manera definitiva, en Sala General en Sentencia de 19 de Julio de 2006, recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina, en el sentido de que el art. 55.5.b) del ET exige, para que se declare nulo el despido de la mujer embarazada, que previamente la empresa conozca dicha circunstancia. El mismo criterio se había reiterado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2007 Rec. 2520/06 (RJ 2007, 7382), de 29 de febrero de 2008 Rec. 657/2007 (RJ 2008, 3039) de 12 marzo 2008 Rec. 1695/2007² (RJ 2008, 3493)

Esta doctrina jurisprudencial había merecido severas críticas, ya que implica exigir un requisito que la ley expresamente no establece, limita notablemente la eficacia de la medida, y supone imponer a la trabajadora la carga de comunicar a la empresa su estado de embarazo, si quiere beneficiarse de la protección del despido nulo cuando el cese es injustificado.

Sin embargo, era un criterio generalmente aplicado en los casos de despido de la mujer embarazada, de modo que cuando la empresa invocaba el desconocimiento del embarazo, y la trabajadora no podía demostrar que el conocimiento se había producido, el despido o cese injustificado se calificaría como improcedente, con opción a favor de la empresa por la extinción con abono de la indemnización, pero sin un derecho de la trabajadora a restablecer su relación laboral³.

En todo caso, se habría de significar que en suplicación, algunos Tribunales no aceptaban el criterio de que la calificación de nulidad sólo procedía cuando la empleadora era concedora del embarazo de la trabajadora, concluyendo que del mero hecho del embarazo resultaba la nulidad del despido practicado en todos aquellos casos en los que no se acreditara causas justificativas de una declaración de procedencia⁴.

Pues bien, la cuestión ha tenido una respuesta diferente en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en este punto ha venido a rectificar la posición de la jurisdicción social, favoreciendo la efectividad de la tutela judicial de la trabajadora embarazada objeto de despido sin la concurrencia de razones justificativas del cese.

En el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 Julio 2008, Rec. Amparo 6595/06, una trabajadora venía prestando servicios como auxiliar administrativo para una entidad asociativa empresarial del sector del metal desde el año 1997 hasta que fue objeto de despido en el año 2004, el cual fue reconocido como improcedente por la empresa y ofreció a la trabajadora la indemnización legal correspondiente. Invocaba una supuesta imposibilidad de mantener su puesto de trabajo y el encarecimiento de su nómina. Frente al cese la trabajadora demandó por despido al considerar que debería calificarse como nulo, invocando, por una parte que la empresa debería de conocer el embarazo de la trabajadora, y en todo caso, que el art. 55.5 ET, tras la Ley 39/1999, declara la nulidad del despido de la trabajadora embarazada sin exigir dicho conocimiento por la empresa.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz, por Sentencia de 24-03-04 rechazó la demanda al no estimar probado que la empresa conociera dicho embarazo, y por enten-

der que, en todo caso, el despido vendría motivado por razones organizativas. La Sentencia del TSJ de Extremadura de 17-01-05 confirmó la anterior, al considerar que era preciso el conocimiento por la empresa del embarazo para poder aplicar la nulidad del despido que regula el art. 55.5 ET. Esto lo deducía, por una parte, del criterio que ya había expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 2004, así como de la Directiva Comunitaria 92/85/CEE, que sólo considera trabajadora embarazada a la que ha comunicado su embarazo al empresario.

Frente a la decisión del TSJ se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, el cual fue inadmitido, llegando finalmente la cuestión al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. La demanda de amparo invocaba que las decisiones judiciales recurridas han vulnerado sus derechos a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no declarar la nulidad de un despido motivado por su estado de embarazo, razonando que en ningún caso la Ley exige que el empresario tenga conocimiento del estado de gestación de la trabajadora.

El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, igualmente, instó la estimación del recurso de amparo, al considerar que la cuestión se centra en determinar la interpretación del art. 55.5.b) del ET, recordando que la cuestión ya había sido resuelta por el Tribunal Supremo, Social, en una Sentencia de 19 de julio de 2006 de la Sala Cuarta dictada en Sala General de diecisiete Magistrados, y que contaba con un voto particular suscrito por siete de ellos. El Tribunal Supremo había fijado como doctrina casacional de carácter general que es preciso, en todo caso, que la empresa conozca el embarazo para que el despido pueda calificarse nulo según el art. 55.5.b) ET. Sin embargo, el Fiscal considera que resulta más adecuada la interpretación que efectúa el voto particular, de acuerdo con la cual la calificación de nulidad del despido de la trabajadora embarazada resulta automática, sin necesidad de que se acrediten indicios de discriminación.

El Tribunal Constitucional recuerda la doctrina que ha elaborado en orden a la protección de la mujer frente a la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, recordando que (FJ 3) “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo” (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4). En relación con los despidos de las trabajadora en situación de embarazo, la doctrina general interpretativa del art. 14 CE que ha venido fijando el TC es que, “Según se deduce de las Sentencias anteriormente señaladas, este Tribunal ha considerado que el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido.” Así se habría recogido en la STC 41/2002, según la cual “si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia” (FJ 4). En otros casos en los que se había apreciado la discriminación, era bien porque el conocimiento del embarazo se podía deducir de los antecedentes del caso (STC 17/2003), o bien porque la entidad empleadora, al conocer el embarazo, persistió en su decisión perjudicial para la trabajadora (STC 62/2007). Por tanto, desde esta perspectiva, parecería que no podría prosperar

la demanda de amparo, ya que el TC venía exigiendo para considerar discriminatorio el despido, que la empresa conociera tal extremo, y como dice la Sentencia, “en el caso analizado ni consta tal conocimiento ni existen otros datos indiciarios de los que pudiera deducirse la probabilidad de la lesión”, por lo que no se habría lesionado el art. 14 CE.

Sin embargo, en esta ocasión el TC analiza el alcance que ha tenido en esta materia la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que dio nueva redacción a las disposiciones sobre nulidad del despido contenidas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral, respectivamente. La citada Ley modificó el art. 55.5 LET, añadiendo a la regulación que ya existía de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, una serie de supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, ha vuelto a modificar la redacción del precepto en aspectos que, sin embargo, no afectan a la regulación de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas en los términos introducidos por la Ley 39/1999.

El TC analiza si la interpretación que han hecho el Juzgado de lo Social y el TSJ es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el art. 24.1 CE, teniendo en cuenta que se encuentra afectado el derecho a la no discriminación por razón de sexo, por lo cual es preciso que la resolución judicial no sólo esté suficiente motivada, sino que sea respetuosa con el contenido del derecho fundamental tal y como ha sido regulado.

Sobre esta base, la Sentencia del TC efectúa una interpretación del contenido y alcance de la regulación del art. 55.5.b) del ET, y frente al criterio general que vienen aplicando los Juzgados y Tribunales laborales, incluyendo el TS, considera que (FJ 8) “Hemos así de señalar que nada en el art. 55.5.b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 CC) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostiene la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo”.

Afirma el TC que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, y dicha regulación trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2). *“De hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales”*. Aunque es cierto que la doctrina del TC exigía el conocimiento por la empresa del embarazo para apreciar la discriminación, sobre este contexto normativo y jurisprudencial vino a actuar la reforma de la Ley 39/1999, por la que se vino a regular, ade-

más del despido nulo por discriminatorio, una serie de supuestos de nulidad que operan de manera directa y automática. Razona la STC en los siguientes términos sobre el alcance que hay que dar al art. 55.5 ET tras la Ley 39/1999:

“Pues bien, es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999, denominada “de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Y lo hizo, añadiendo al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad (“será también nulo” dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión...”, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a “la fecha de inicio del embarazo” (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero –inmodificado– del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

Se trata de una reforma legal que, *“En primer lugar desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental...”*, y en segundo lugar, *“Se exige con ello, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo”*.

La conclusión final del recurso de amparo es considerar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), de modo que para reponer a la demandante en la integridad de su derecho, se declarara la nulidad de su despido.

Con esta doctrina del Tribunal Constitucional se establece que el art. 55.5 establece unas causas de nulidad del despido que no exigen acreditar los requisitos generales del despido discriminatorio, sino que operan de forma directa y automática. Por eso, si el despido se produce mientras la trabajadora está embarazada, será nulo si no es declarado procedente por otras razones, aunque la empresa no conozca el embarazo.

En efecto, siguiendo estos mismos criterios, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 Octubre 2008, RCU. 1957/2007 (RJ 2008\7167), en la que se planteó la misma cuestión en relación con una trabajadora con contrato de obra o servicio determinado de cinco meses de duración, y a la que se le notificó la extinción de su contrato por finalización de la obra en un momento en que se encontraba embarazada.

La trabajadora formuló demanda de despido, que fue declarado nulo en la instancia ante la constatación de la naturaleza fraudulenta de la contratación temporal y el embarazo de la trabajadora, con independencia de que la empleadora –Ministerio del Interior, Jefatura Provincial de Tráfico de Valencia- no tuviera constancia de tal embarazo. La Sentencia del TSJ de La Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2007 mantiene la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada, cuando no existe causa válida para justificar la extinción del contrato, aunque la empleadora ignore el hecho del embarazo, lo que finalmente resulta confirmado por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora se comenta. Interesa resaltar que en el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado se había invocado como contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2006 Rec. 1452/2005 (RJ 2006, 8040).

El Tribunal Supremo acepta la existencia de contradicción, y expresa la necesidad de proceder a la modificación de su propia doctrina a la vista del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2008, de 31 de julio, reseñando expresamente que *“La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. (Sentencia dictada en Sala General de 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 8040), Rec. 1452/05 , reiterada por la de 24 de julio de 2007 (RJ 2007, 7382) (Rec. 2520/06).*

Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio (sic) –es un error del original, la fecha correcta es de 21 de julio-, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985 (RCL 1985, 1578, 2635) , sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal.”

Con esta doctrina que, en realidad, no hace sino aplicar el art. 55.5.b) del ET en su sentido literal, se consolida una garantía esencial frente al despido de las trabajadoras embarazadas, y que surge del hecho mismo de su embarazo sin necesidad de acreditar el conocimiento por la empresa de su estado de embarazo para que pueda llegar a declararse la nulidad del despido.

Así se concilia de manera más efectiva su derecho a quedarse embarazadas con el mantenimiento de su puesto de trabajo frente a un despido injustificado, en los términos resumidos por los Magistrados que suscribieron los votos particulares frente a las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 marzo 2008 Rec. 1695/2007 y 29 de febrero de 2008 Rec. 657/2007, y se rechazan de plano los criterios jurisprudenciales anteriores que interpretaban el art. 55.5.b) ET) no tanto como una garantía objetiva de las trabajadoras embarazadas frente al despido sin causa, sino con la plasmación legal de una modalidad específica de discriminación por razón de sexo que, conceptualmente, precisaría del previo conocimiento empresarial de la realidad del embarazo.

te al despido, a modo de acción positiva⁵, que actuaría al margen o con carácter adicional a la típica tutela antidiscriminatoria por razón de sexo ligada al embarazo de la trabajadora, potenciando en última instancia su nivel de protección frente al despido.

BIBLIOGRAFÍA

CARDONA RUBERT, MARIA BELÉN, “Despido de trabajadora embarazada como manifestación de discriminación directa por razón de sexo”. *Aranzadi Social*, número 21, marzo 2002, página 21.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO, “Despido de una mujer embarazada y discriminación por razón de sexo.” *Aranzadi Social*, número 12, octubre 1998, página 31.

CENDON TORRES, ROLANDO, “El despido de la trabajadora embarazada por empleador que ignora el estado de gravidez” Editorial Bomarzo. *Revista Derecho Social*, número 36, octubre-diciembre 2006, página 173.

CHARRO BAENA, PILAR Y SAN MARTIN MAZZUCCONI, CAROLINA, “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”. Igualdad de oportunidades para todos. *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*. Número extraordinario, 2007. Página 77.

COLAS NEILA, EUSEBI, “La calificación de nulidad del despido de la mujer embarazada.” Editorial Bomarzo 2006. *La extinción del contrato de trabajo*. Página 201.

CORDERO SAAVEDRA, LUCIANO, “La protección de las mujeres embarazadas contra el despido y aplicación de las Directivas 76/207/CEE y 92/85/CEE”, *Aranzadi Social*, números 7 y 8, julio 2002, página 79.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, RICARDO, “La aplicación de la Directiva 92/85 en España.” *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*. Aranzadi Editorial. 1997.

ESPINOSA CASARES, IGNACIO, “La discriminación por razón de sexo: despido de mujer embarazada.” Ediciones Francisc Lefebvre. *Social mes a mes*, número 43, julio 1999, página 19.

PÉREZ YAÑEZ, ROSA, “Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 junio 1998. (Despido de una trabajadora durante su embarazo y con base en una enfermedad que tenía su origen en este último). *Actualidad Laboral* 4/99, 99-1, V.

FALGUERA BARO, MIQUEL ANGEL, *Filiación y familia. Sus efectos en el contrato de trabajo* Editorial Bomarzo 2004. Colección Básicos de Derecho Social, número 5.

FERNANDEZ LOPEZ, MARIA FERNANDA, “Garantías frente al despido de una trabajadora embarazada: Constitución, juez y legalidad ordinaria” Editorial Bomarzo. *Revista Derecho Social*, número 43, julio-septiembre 2008, página 163.

GARCIA NINET, JOSE IGNACIO, “Segundo periodo de prueba, embarazos, abortos y resolución del contrato (despido) por bajo rendimiento durante dichos periodos. Suman y siguen las discriminaciones contra las mujeres a causa de sus embarazos. En torno y al hilo de la stc 17/2007, de 12 de febrero.” CISS. *Tribuna Social*, número 196, abril 2007, página 5.

GARRIGUES JIMENEZ, AMPARO, *La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social* CES 2004. Colección Estudios número 159.

GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “La obligación de la trabajadora de informar sobre su embarazo. Perspectiva comunitaria y nacional”, *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Aranzadi 2006.

GORELLI HERNANDEZ, JUAN, "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia" Civitas, *Revista Derecho del Trabajo*, número 97, septiembre- octubre 1999, página 729.

GUALDA ALCALÁ, FRANCISCO, JAVEGA GIL, BIENVENIDO, GUALDA ALCALÁ, MARTÍN Y JIMENEZ RODENAS, MARIA JOSÉ, "La calificación del despido nulo de la trabajadora embarazada. El alcance del previo conocimiento del embarazo por la empresa." *Estudios de Doctrina Judicial II*. Albacete 2006. Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO. Colección documentos de derecho laboral.

HERRAIZ MARTIN, MARIA DEL SOL, "El conocimiento del empresario de la situación de gestación (embarazo) con anterioridad al despido, ¿es requisito constitutivo de una conducta discriminatoria?. CISS. *Tribuna Social*, número 215, noviembre 2008, página 67.

MAZUELOS FERNANDEZ FIGUEROA, MANUEL, "Alcance del efecto directo del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE ante el incumplimiento de un estado miembro. Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001" *Actualidad Aranzadi*, número 520, febrero 2002.

NEVADO FERNÁNDEZ, MARÍA JOSÉ, "Cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social)", Civitas, *Revista Derecho del Trabajo*, números 105 y 106, abril-mayo-junio-julio 2001, página 365 y 501.

LOUSADA AROCHENA, JOSE FERNANDO, "Maternidad y conciliación en el derecho comunitario." *Derecho Social Europeo*. CGPJ Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial XXIII. 2006. página 241.

LOUSADA AROCHENA, JOSE FERNANDO, "La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse." *Revista del Poder Judicial*. CGPJ, número 54. 1999. página 563.

RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ, "La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y del TJCE". *Relaciones Laborales* 8/2002, 2002, página 53.

Controversias laborales: Mejora contractual de la indemnización por despido improcedente. Despido de embarazada: derecho comunitario y norma más favorable. *Actualidad Laboral*, número 21, diciembre 2006, página 2645.

Controversias laborales: Despido de trabajadora embarazada. *Actualidad Laboral*, número 11, junio 2004.

NOTAS

¹ Sobre el particular, LOUSADA AROCHENA, JOSE FERNANDO, "Maternidad y conciliación en el derecho comunitario." *Derecho Social Europeo*. CGPJ Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial XXIII. 2006. página 241. También, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., "La obligación de la trabajadora de informar sobre su embarazo. Perspectiva comunitaria y nacional", *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Aranzadi 2006.

² La sentencia cuenta con un voto particular suscrito por los Magistrados JORDI AGUSTÍ JULIÀ y JOSE LUIS GILOLMO LÓPEZ, que disienten de la solución ofrecida, y donde se concluye que "...la protección dada por el legislador español a la mujer embarazada frente a cualquier despido lo ha hecho, como antes se dijo, con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de aquella situación, y sobre la mera circunstancia de constatar la existencia de un embarazo en la fecha del despido, evitando con ello exigencias probatorias sobre el conocimiento empresarial de tal hecho, y tratando de conseguir que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con

el derecho a mantener su puesto de trabajo frente a un despido injustificado. Se trata de una cláusula de garantía que impide el despido de la trabajadora en estado de gestación, sin vincularlo a ningún discriminatorio alguno, que opera de forma automática por directo mandato legal.”

³ Ya con anterioridad a la STS de 19 julio 2006, la *Sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de febrero 2005 Rec. 2894/04*, mantuvo la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada, con independencia de que la empresa conociera o no el embarazo de la trabajadora o de que se acreditara o no la voluntad discriminatoria de la empresa. Con posterioridad, y entre otras, las *Sentencias del TSJ de Cataluña de 18 de enero 2008 y del TSJ de Castilla y León 1 de octubre de 2008, N° de Recurso 969/2008*. En el mismo sentido, la *Sentencia del TSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2008, N° de Recurso 304/2008*, aun cuando lo cierto es que también valoró la concurrencia de determinados elementos para presumir el conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora: el cese se produjo cuando la trabajadora llevaba cinco meses de embarazo, dados los cambios físicos, las exigencias de trato que hay en una relación laboral incluso en situación de suspensión del contrato por incapacidad temporal teniendo en cuenta que no consta que la demandante mantuviera su situación de embarazo en secreto o que las exigencias derivadas de ese trato se atendieran en forma no directamente personal (comunicación de la carta de cese por correo, entrega de los partes y recogida de nóminas mediante terceras personas, etc) y, de otra parte, que un desapego empresarial por conocer el estado de la trabajadora cuadra mal con un patrón ordinario de conducta.

En relación con esta misma cuestión, HERRAIZ MARTIN, MARIA DEL SOL, “El conocimiento del empresario de la situación de gestación (embarazo) con anterioridad al despido, ¿es requisito constitutivo de una conducta discriminatoria?. CISS. Tribuna Social, número 215, noviembre 2008, página 67, que refiere otros pronunciamientos de TSJ que no secundaban el criterio del Tribunal Supremo de supeditar la declaración de nulidad del despido al previo conocimiento empresarial del embarazo. En concreto, hace cita de las *Ss. del TSJ de Canarias /Las Palmas de 15 de enero 2007 Rec. 947/2006 y de 31 de enero 2008 Rec. 797/2007, la STSJ de Galicia de 13 abril 2007 Rec. 749/2007, y la del TSJ de Cataluña de 17 de enero de 2008 Rec. 437/2006*.

⁴ CHARRO BAENA, PILAR y HERRAIZ MARTÍN, M.S., *Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas*, Aranzadi Social 8/1998.

2009
Marzo
01



OBSERVATORIO JURÍDICO SOCIOLABORAL

Mujer y trabajo

II. Boletín Jurídico Laboral

Serie especial de doctrina judicial: Mujer y Trabajo.

1. Despido y protección de la maternidad.
2. Discriminación en el empleo y condiciones de trabajo.
3. Acoso moral y acoso sexual en el trabajo
4. Protección a la salud
5. Conciliación de vida personal y laboral.
6. Protección Social.

1. DESPIDO Y PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.

**Sentencia Tribunal Constitucional 74/2008, de 23 de Junio de 2008.
Rec. Amparo 4975/06.**

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: No renovación de un contrato temporal por un Ayuntamiento, cuando venía siendo renovado durante varios años, coincidiendo con el embarazo de la trabajadora. No es razonable la falta de contratación por la supuesta libertad de la empresa en renovar los contratos, o por encontrarse la trabajadora en situación de baja al inicio del contrato.

Una trabajadora que prestaba servicios como trabajadora social para un Ayuntamiento desde mes de marzo de 2000, a través de sucesivos contratos anuales por obra o servicio determinados, vinculados a programas públicos igualmente anuales. El último de los contratos, celebrado el 1 de enero de 2003, fue un contrato por obra o servicio determinado “para el desarrollo de las actividades relacionadas con el plan provincial de servicios sociales comunitarios para el año 2003”. Tras diversas bajas por enfermedad, de por problemas relacionados con su embarazo, dio a luz en enero de 2004. Sin embargo, por carta de 11 de diciembre anterior la corporación municipal notificó a la actora que con fecha 31 de diciembre finalizaría su contrato de trabajo. Unos días antes, el 11 de noviembre, dicha corporación había contra-

tado a otra trabajadora para cubrir una plaza de trabajadora social. La recurrente formuló demanda por despido, que fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Sevilla de 30 de marzo de 2004, que declaró despido nulo el cese de la demandante, por discriminatorio. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia de fecha 5 de noviembre de 2004 por la que desestimaba la demanda. En la Sentencia la Sala razona que, frente a los indicios aportados por la actora, el Ayuntamiento había justificado suficientemente la causa del cese como ajena a todo móvil discriminatorio, dado que encontrándonos ante una válida contratación temporal para obra o servicio determinados, ello implica que a la finalización de cada contrato la empresa no tiene ninguna obligación de volver a contratar a la trabajadora, máxime cuando no consta que para el año 2004 se hubiera concertado un nuevo programa, produciéndose en definitiva el cese de forma ajustada a la regulación de este tipo de contrato.

Tras haberse inadmitido el recurso de casación para unificación de doctrina, se interpone recurso de amparo denunciando la vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, consagrado en el art. 14 CE, entendiendo, de una parte, que su cese constituyó en realidad un despido, al ser fraudulentas las sucesivas contrataciones temporales efectuadas y debiendo reputarse por ello su contrato como indefinido y, de otra, que tal despido estuvo únicamente motivado por su estado de embarazo y la situación de incapacidad temporal resultante, lo que constituye discriminación por razón de sexo.

En el análisis de la violación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, el TC parte de la doctrina elaborada al respecto, diciendo que (FJ 2): “Como ha recordado en diversas ocasiones este Tribunal, este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3).

El problema que ahora se plantea es la protección frente a un supuesto en el que la actuación de la empresa se ha concretado en no renovar un contrato temporal, lo que en principio podría configurarse como una actuación discrecional de la empleadora. Pero el TC señala que la protección que se ofrece a la mujer opera igualmente en el ámbito de las decisiones discrecionales o no causales de la empresa, respecto de las cuales, dice la Sentencia ya se ha establecido una reiterada doctrina constitucional: “la doctrina de este Tribunal ha estimado diversos recursos de amparo por este motivo también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto, respecto de la resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación del contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio)”.

En el caso presente, el TSJ había considerado lícitos los contratos temporales, por lo que a su terminación, entendía que ninguna obligación tenía la trabajadora que exigir su contratación por el hecho de haber sido contratada en anteriores ocasiones. Sin em-

bargo, el TC rechaza este planteamiento, pues esto no descarta que se hubiera podido cometer una discriminación por razón de sexo. Dice el FJ 3: “Como hemos señalado en otras ocasiones en relación con la finalización de contratos temporales, el hecho de que los mismos se extingan en la fecha y en las condiciones que habían sido previstas por las partes en el momento de su celebración puede permitir neutralizar el indicio probatorio de la vulneración de derechos fundamentales aportado, pero, sin embargo, “este dato no es siempre por sí mismo suficiente para entender que ello deba ser necesariamente así” (SSTC 144/2005, de 6 de junio, FJ 7; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 5). También hemos afirmado reiteradamente que la carga probatoria que recae sobre el empresario una vez que el trabajador ha aportado indicios de una conducta discriminatoria opera igualmente en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador (por todas, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 7; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; y 120/2006, de 24 de abril, FJ 6). En fin, hemos declarado también que la discriminación puede viciar actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento y que, cuando así ocurre, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental, determinando la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio (STC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4).

De esta forma, ni el hecho de que la extinción del contrato se hubiera producido en la fecha y por el motivo inicialmente previsto en el mismo, ni la consideración referida a la ausencia de toda obligación para el Ayuntamiento de volver a contratar a la trabajadora para el ejercicio siguiente permiten neutralizar los indicios aportados por la trabajadora y descartar la existencia de una decisión discriminatoria.

Por tanto, frente a los indicios aportados por la trabajadora de que la actuación administrativa integraba una discriminación, ante la reiteración de contrataciones en sucesivos años, la no renovación del contrato coincidiendo con la maternidad, y la persistencia de las situaciones que justifican dichos programas públicos, el Ayuntamiento no desvirtuó tales indicios al no ofrecer una causa razonable que descartar la discriminación. De este modo, el despido habrá de calificarse como nulo.

En este caso se analiza la extinción de un contrato temporal cuya legalidad no se discute, pues el TSJ había declarado lícitos los sucesivos contratos de obra o servicio determinado que se venía realizando cada año, de modo que se cuestiona esa extinción por suponer un caso de discriminación por razón de sexo.

Se trata por tanto de un supuesto distinto de la extinción del contrato que tiene lugar durante la situación de embarazo cuya nulidad también establece el art. 55.5.b) ET, en cuyo caso no se exige demostrar la actuación discriminatoria de la empresa pero si el carácter injustificado del cese. En este caso, el carácter injustificado no deriva de causas de legalidad ordinaria, pues el contrato se había extinguido a su término, sino que deriva precisamente de ser discriminatorio no sólo el cese, sino sobre todo la falta de renovación para el siguiente año, para lo cual es preciso constatar la existencia de discriminación.

El TC recoge una doctrina relevante desde los siguientes puntos de vista que resumimos.

- La terminación del contrato temporal, aunque sea lícito, no excluye la actuación discriminatoria de la empresa cuando no procede a la renovación por causas relacionadas con el embarazo. Sin embargo, la trabajadora tendrá que aportar indicios de esa discriminación.
- Son indicios de esa discriminación la existencia de sucesivas contrataciones en años anteriores, y la coincidencia temporal de la no renovación con la situación de maternidad.
- Si la empresa invoca como única causa para la no renovación la inexistencia de obligación de contratar, no por ello se desvirtúan los indicios de discriminación.

No es causa razonable para dejar de contratar a la trabajadora que al inicio del nuevo programa anual, se encuentre de baja por razón precisamente de la maternidad.

Sentencia Tribunal Constitucional 342/2006, de 11 Diciembre 2006, Rec. Amparo 812/04.

DESPIDO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE EMBARAZO: La falta de causa del despido durante el embarazo no impone simplemente la declaración de nulidad, sino que al acreditarse la discriminación, cabe la declaración de nulidad por razón de discriminación, con derecho a la indemnización adicional de daños y perjuicios.

Una trabajadora venía prestando sus servicios desde abril de 2000, con la categoría de gestora comercial y de marketing, inicialmente con un contrato temporal que pasó a ser indefinido desde octubre de 2000, aumentando la empresa su retribución anual a partir del 1 de noviembre siguiente. En el de septiembre de ese mismo año se casó, y acordó con la empresa disfrutar los quince días de permiso por matrimonio en el mes de diciembre, a fin de que su ausencia no coincidiese en el mes de septiembre con el periodo de descanso por maternidad de la responsable de su departamento. Por ello, la recurrente disfrutó de su permiso por matrimonio desde el 6 de diciembre de 2000 hasta el 21 de diciembre de 2000, fecha en la que se reincorporó al trabajo. La recurrente se encontraba embarazada, y tanto la empresa como sus compañeros de trabajo tuvieron noticia de tal circunstancia el 5 de enero de 2001.

El 7 de febrero de 2001 recibió carta de despido motivado por una supuesta disminución continuada y voluntaria del rendimiento, la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño de sus servicios. Contra el mismo interpuso demanda por despido nulo o subsidiariamente improcedente, alegando discriminación por motivo de su embarazo y solicitando por tal motivo una indemnización de 16.527,83 euros por daño moral. La demanda fue estimada parcialmente por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid de 25 de mayo de 2001, en la que, pese a rechazar que el despido fuera discriminatorio, se declara no obstante la nulidad del despido de conformidad con el art. 55.5 b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), ordenando la inmediata readmisión de la trabajadora en su puesto, con abono de los salarios de tramitación, rechazando la pretensión de indemnización por daño moral, al descartar la existencia de lesión de derechos fundamentales. En la Sentencia se afirma que el despido no guarda relación con el embarazo de la demandante, sino con las irre-

gularidades detectadas en el departamento en el que prestaba aquélla sus servicios, razonándose que no se ha detectado una actitud discriminatoria de la empresa por motivo del estado de gestación de sus empleadas, poniéndose como ejemplo el caso de la responsable del departamento, que dio a luz y estuvo en situación de descanso por maternidad en el tiempo de la relación laboral de la demandante.

Contra la anterior Sentencia el demandante interpuso recurso de suplicación, con el que pretendía que se declarase que su despido tuvo por causa exclusiva su embarazo, y por tanto, que se le califique como discriminatorio por razón de sexo (art. 14 CE), con el efecto añadido del abono de la indemnización de 16.527,83 euros reclamada por daño moral. El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de noviembre de 2001, la cual negó la conexión entre el hecho del embarazo y la decisión empresarial de despedir a la demandante de amparo con fundamento en que la empresa demandada demostró la existencia de causas razonables para adoptar la decisión de despedir (las irregularidades cometidas), así como que esas causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de los derechos fundamentales.

El TC considera que el despido es nulo por discriminatorio, dado que aquélla aportó indicios racionales de discriminación por motivo de su embarazo. Aunque admite que el mero conocimiento por la empresa del embarazo no es indicio suficiente, lo cierto es que en el caso si concurren tales indicios, tomando en cuenta el desenvolvimiento de la relación contractual y la coincidencia temporal entre el conocimiento por la empresa del estado de gestación de la recurrente y la decisión de despedirla al mes siguiente, con fundamento en la responsabilidad de la recurrente en las irregularidades detectadas en el departamento del que formaba parte (sin que la empresa acertase a acreditar qué grado de responsabilidad incumbía a la recurrente en tales irregularidades), a lo que se añade la contradicción entre el hecho de que la empresa alegase en su carta de despido que las irregularidades venían produciéndose desde el mes de septiembre de 2000, y el hecho de que al concluir el 23 de octubre de 2000 el contrato temporal de la recurrente la empresa la hiciese fija, incrementando sus retribuciones a partir del 1 de noviembre de 2000.

Ante estos indicios de discriminación por razón de embarazo, correspondía a la empresa la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión de despedir fueron legítimos y ajenos al móvil de discriminación que se le imputaba. No admite el TC que la empresa hubiera llevado a efecto dicha prueba pues se limitó a presentar una prueba testifical, de la responsable del departamento en que prestaba servicios la recurrente, prueba que lo único que puso de manifiesto en la existencia de irregularidades en dicho departamento, sin que pudiera concretarse qué grado de responsabilidad incumbía en las mismas a la recurrente, es decir, ni siquiera se acreditó que existiese una causa que justificase el despido de la recurrente.

Como consecuencia práctica del proceso de amparo, y dado que Sentencia de instancia —confirmada por la Sentencia de suplicación— declaró la nulidad del despido de la recurrente por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) LET (con el efecto consiguiente de readmisión inmediata y abono de los salarios de tramitación), pero excluyendo expresamente que el despido fuese discriminatorio y rechazando, en consecuencia, la pretensión indemnizatoria deducida por la recurrente por esta razón, procede la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas y la calificación del despido como nulo, por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo

(art. 14 CE), ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse la Sentencia de instancia, para que el Juez de lo Social se pronuncie sobre la pretensión adicional de indemnización por vulneración del referido derecho fundamental.

STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 01/10/2008, N° de Recurso: 969/2008.

DESPIDO NULO: Embarazo de la trabajadora.

Despido nulo: Del mero hecho del embarazo resulta la nulidad del despido practicado en todos aquellos casos en los que no se acrediten causas que justifiquen de forma proporcionada y razonable una declaración de procedencia.

TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 5 JULIO 2007, REC. 1534/2007.

DESPIDO NULO: Discriminación por razón de sexo.

Despido nulo: Discriminación por razón de sexo. De trabajadora por haber disfrutado de una excedencia por cuidado de hijo menor. Indicios: la relación temporal existente entre la finalización del plazo de dicha excedencia y la fecha de la reincorporación, así como por la precedente preparación ya de la carta de despido antes del mismo, y ausencia total de acreditación de las causas del despido.

STSJ DE MADRID DE 17 SEPTIEMBRE 2007, REC. 2164/2007.

DESPIDO NULO: Discriminación por razón de sexo.

Despido nulo: por razón del embarazo. Despido producido pocos días después de caer la trabajadora en situación de Incapacidad Temporal por “grave riesgo de aborto”. El desempeño del puesto en cuestión se inició el 1.1.06 sin que, ni a la fecha de efectos de la extinción o cese, el 15.5.06, ni a la fecha de su notificación, el 22.6.06, se hubiese cubierto el puesto de forma definitiva por superación de un proceso selectivo, ni hubiese transcurrido el periodo de seis meses continuados en el ejercicio de las funciones de dicho puesto de trabajo.

STJ DEL PAÍS VASCO DE 2 MAYO 2007, REC. 592/2007.

DESPIDO NULO: Discriminación por razón de sexo.

Despido nulo: Discriminación por embarazo de la trabajadora. Extinción del contrato cuando se ha iniciado la situación de IT, sin vinculación real con un desempeño del trabajo, ya que la extinción se produjo cinco días después de iniciada la misma. La empresa cuenta con el parte de baja, y ha tenido conocimiento de la situación de la trabajadora, y no aporta ningún elemento que relacione la extinción con una inadecuada actividad o desempeño de la trabajadora.

2. DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 3 de octubre 2008 (Ponente Sanz Marcos).

DESPIDO DE UNA TRABAJADORA, DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL (IT) POR ANSIEDAD DERIVADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: **No está justificado la imputación de haber realizado vida totalmente normal durante la baja. Se trata de un DESPIDO NULO, como medida de protección de la mujer afectada por dicho tipo de violencia.**

Una trabajadora de la Compañía Nissan Iberica presentó denuncia por malos tratos de su pareja en febrero 2006, dictándose Auto por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de prohibición a la pareja de aproximarse a menos de 500 metros. En una ocasión, tras la llamada de la ex pareja, la empresa solicitó protección policial al final de la jornada de la trabajadora. A consecuencia de la situación, la trabajadora ejercita su derecho establecido en el art. 37.7 ET a la reordenación del tiempo de trabajo mediante una adaptación de su horario que pasa a ser completamente diurno, liberándose del horario nocturno. En mayo 2007 la trabajadora inicia un proceso de IT por trastorno por ansiedad generalizado secundario a violencia de genero. Durante la baja, la empresa despide a la trabajadora imputándole una falta grave de trasgresión de la buena fe y abuso de confianza, al haber “realizado vida totalmente normal” durante la baja. El Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona declaró el despido nulo, y contra dicha decisión recurre la empresa al sostener que no se encuentra entre los supuestos previstos para la declaración de nulidad.

El TSJ, confirma la sentencia de instancia, que declara la nulidad del despido, con arreglo a estas razones que resumimos:

1.- Analiza en primer lugar si el despido está justificado o no, ante la imputación que hace la empresa de que la trabajador ha desarrollado una vida completamente normal durante la baja. Sobre el particular razona la Sentencia que si bien el despido durante la situación de IT puede encontrar causa justa ante determinados comportamientos del trabajador en ese período, en el caso concreto, la empresa se limita a imputar, de manera imprecisa, a la trabajadora haber realizado una vida totalmente normal durante la baja. Dice al efecto (FJ 3): Cierto es que, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, “constituye justa causa de despido el caso del trabajador que, estando en situación de incapacidad temporal, presta servicios con independencia de que los mismos se efectúen por cuenta propia o ajena, sean o no retribuidos, o de corta o larga duración, ya que en estos supuestos el trabajador está dificultando su curación, está percibiendo un subsidio de incapacidad temporal al que seguramente no tenía derecho por estar ya curado o por no haber padecido realmente la enfermedad que lo sustentaba, causando perjuicio también a la empresa que ha de continuar abonando las cotizaciones...” (Sentencia de la Sala de 26 de enero de 2006). Pero, en el supuesto ahora analizado, lejos de alegarse una inexistente prestación en favor de terceros, la carta de despido se limita a imputar a la trabajadora el haber “realizado vida totalmente normal”.

2.- Una vez descartado el carácter justificado del despido, la calificación ha de ser la de la nulidad. La cuestión podría ser compleja dado que durante la IT el contrato está sus-

pendido y esta situación no es de las que enumera el art. 55.5.b) ET para determinar la nulidad del despido. Sin embargo, el Tribunal considera que debe tener la calificación de nulo, dada la necesidad de proteger a la trabajadora con mayor razón si cabe, en el caso de que la IT derive precisamente de la condición de víctima de violencia de género. Señala la sentencia que la regulación que hace el art. 55.5.b) ET supone que “Nos encontramos, por tanto, ante un despido nulo cualificado en razón a las circunstancias que concurren en quien, por causa de su objetivada condición de “víctima de la violencia de género”, ejercita los derechos que la Ley le atribuye.” Esto supone que se ha de tratar de una víctima de violencia de género, y que además, ejercite los derechos que reconoce el ET para poder tener la calificación del despido injustificado como nulo.

a).- Reconoce que la trabajadora tiene acreditada la condición de víctima de violencia de género de conformidad con el art. 23 de la Ley Orgánica contra la Violencia Domestica 1/2004, de 28 de diciembre, lo que puede consistir tanto en la Orden Judicial de Protección como el Informe del Ministerio Fiscal. Dice el FJ 2: “Al primero de dichos requisitos se refiere el artículo 23 de la Ley cuando (y bajo el epígrafe “Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras”) viene a disponer que “Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

Así, y con carácter general, la acreditación de la condición de víctima de violencia de género se objetiva a través de la orden de protección (regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio por el que se da redacción al artículo 544 ter de la LECr y en el RD 355/2004, de 5 de marzo y que se ha visto modificado por el RD 315/2005, de 9 de mayo)”.

b).- En cuanto a los derechos que ejercita, ciertamente señala la sentencia que antes de la IT la trabajadora se había acogido a la ordenación de la jornada de trabajo por el motivo de la violencia de género, lo que supondría el supuesto para la aplicación de la calificación del despido nulo. Ante el cambio de turno, razona la Sentencia que por tanto, “concurriendo, así, los presupuestos normativos de los que se deriva su cualificada situación frente a la posterior decisión disciplinaria y cuya vigencia se mantenía al tiempo de su despido de 27 de julio de 2007”.

c).- Pero del mismo modo, y esto es lo importante, analiza si la situación de IT derivada de la violencia de género es también situación protegida frente al despido con la calificación de su nulidad, lo que reconoce dada la necesidad de proteger a la mujer en tales casos. Según la Sentencia, el citado art. 55.5.b) ET ampara “a la trabajadora frente a despidos disciplinarios carentes de causa cuando el mismo se produce respecto de quines, desde su condición de víctimas de la violencia de género, han ejercitado (entre otros) los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, lo que supone una tutela adicional en su favor durante los períodos de ejercicio de los derechos mencionadas que se proyecta al ámbito de la cara probatoria ante la presunción de nulidad derivada del hecho de haberse producido la extinción durante el período protegido. Nos encontramos, por tanto, ante un despido nulo cualificado en razón a las circunstancias que concurren en quien, por causa de su objetivada condición de víctima de la violencia de género ejercita los derechos que la Ley le atribuye”

En el caso, considera que la IT por violencia de género es una situación protegida con el despido nulo, dado que (FJ 3): Careciendo dicha imputación de la entidad disciplinaria que el empleador pretende atribuir a la actividad cotidiana de quien se encuen-

tra de baja “por la patología de trastorno por ansiedad generalizado secundario a violencia de género”, lo que, realmente, subyace es su sanción por haberse ausentado del trabajo por una causa que, además de encontrar su objetiva cobertura en una incombustible situación de IT (hp 5), aparece singularmente protegida por el artículo 21.4 de la LPIVG cuando dispone que “las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda...”.

En primer lugar, la Sentencia es ilustrativa en descartar que la mera imputación de realizar una vida normal no es causa justificativa de despido durante el período de IT, pues considera que se trata de una imputación genérica, que de por sí no pone en evidencia ningún concreto incumplimiento del trabajador. Pero la cuestión central es la calificación de ese despido cuando tiene lugar durante la IT por razón de violencia de género. El art. 55.5.b) ET establece la nulidad cuando la mujer ejercite los derechos específicos que a tal efecto regula el ET relativos a reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley. Sin embargo, la situación de IT no aparece tipificada expresamente, lo que no es obstáculo para el Tribunal a la hora de reconocer la necesaria protección durante ese período.

Se trata de una sentencia que hace aplicación de la protección de la mujer víctima de violencia de género en caso de despido. Analiza la normativa reguladora de la violencia de género y pone en evidencia la finalidad que persigue, lo que sirve como pauta interpretativa en orden a asegurar una protección real y efectiva de la mujer. La extensión de la presunción de nulidad frente al despido en los supuesto de IT que tengan causa en una situación de víctima de violencia de género, resulta congruente con la protección la finalidad de protección de las víctimas que establece la LO 1/2004 de 28 de diciembre contra la Violencia Doméstica y con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo garantizando la compatibilidad de la vida laboral con la protección personal y de la salud de la trabajadora que ha sido objeto de violencia de género. En cuanto a los requisitos para que opere esta calificación, podemos decir lo siguiente:

a.- El requisito de condición de víctima de violencia de género se acredita, como dice la Sentencia, por la Orden de Protección, o en su defecto, por el informe en tal sentido del Ministerio Fiscal. Pero en este punto cabe plantear una interpretación no forma de dicha condición, como sucede en el caso de que conste que la IT que padece la mujer deriva precisamente de la violencia de género que padece. Ello debería ser suficiente para otorgar la protección frente al despido, aunque no hubiera recaído Orden Judicial, si bien la sentencia no analiza esta cuestión.

b.- Y en cuanto a la necesidad de ejercitar alguno de los derechos que se otorgan a las víctimas de este tipo de violencia para que opere la protección por despido, si se hace una interpretación formal del art. 55.5.b) resulta que sólo se protegen permisos y medidas específicas, pero no genéricas como la IT, aunque sean idóneas para proteger a la mujer de dicha situación. Pero esta lectura la descarta la Sentencia. Por ello se admite que la IT derivada de esa violencia es una situación protegida. Respaldada esta conclusión, que la suspensión del contrato de trabajo por IT puede constituir, aunque no sea su objeto específico, una medida de protección de la víctima. De hecho, entre las medidas de protección que puede ejercitar la víctima y que encuentran amparo

frente al despido (art. 55. b) ET, se incluye la suspensión de la relación laboral regulada en el art 47.6 ET. De hecho, sería un completo contrasentido normativo que se protegiera a la mujer víctima de violencia de género cuando ejercita un cambio de horario, y no se otorgara la misma protección cuando se encuentra de baja por IT, precisamente por la condición de violencia de género. Es más, en tales casos cabría sostener que se trata de un despido discriminatorio por razón de sexo, dado que el mismo resulta de una condición vinculada necesariamente a la condición de mujer, lo que no solo determinaría el despido nulo, sino la posibilidad de adoptar medidas reparadoras y la indemnización de daños y perjuicios por la lesión del derecho fundamental a la igualdad de trato y prohibición de discriminación.

STSJ DEL PAÍS VASCO DE 18/03/2008, Nº de Recurso: 304/2008.
DESPIDO NULO: no prórroga de contrato temporal a trabajadora embarazada.

Extinción de contrato eventual suscrito para cubrir la vacante dejada por otra trabajadora que se jubila. Notificación de extinción del contrato a la llegada de la fecha marcada para el vencimiento de la prórroga del contrato eventual, sin agotar su duración máxima: constituye un despido, al no acreditarse por la empresa ninguna circunstancia diferente respecto al momento en que se realizó la primera prórroga del contrato. Despido nulo: por encontrarse la trabajadora embarazada, con independencia de que la empresa no tuviera conocimiento de tal circunstancia. En todo caso, cabe presumir tal conocimiento teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: el cese se produce cuando la trabajadora llevaba cinco meses de embarazo, dados los cambios físicos, las exigencias de trato que hay en una relación laboral incluso en situación de suspensión del contrato por incapacidad temporal teniendo en cuenta que no consta que la demandante mantuviera su situación de embarazo en secreto o que las exigencias derivadas de ese trato se atendieran en forma no directamente personal (comunicación de la carta de cese por correo, entrega de los partes y recogida de nóminas mediante terceras personas, etc) y, de otra parte, que un desapego empresarial por conocer el estado de la trabajadora cuadra mal con un patrón ordinario de conducta.

STSJ DE MADRID DE 04/02/2008, Nº de Recurso: 5553/2007.
IGUALDAD: Discriminación indirecta por razón de sexo –embarazo y maternidad-.

Pilotos de líneas aéreas. Discriminación indirecta por razón de sexo, que supone un tratamiento discriminatorio que atiende a la situación de embarazo y maternidad. Convenio Colectivo que, de manera implícita, exige a la trabajadora embarazada y en situación de baja maternal el mismo requisito que al resto del personal, de haber completado para el cambio de nivel retributivo el 60% de la media de horas voladas por la flota o flotas en las que haya permanecido durante el tiempo correspondiente.

STSJ de Castilla y León /Valladolid de 19/12/2007, Nº de Recurso: 1991/2007.**DERECHOS FUNDAMENTALES: discriminación por razón de sexo.**

Discriminación por razón de sexo: cambio de puesto de trabajo a una trabajadora que había solicitado una reducción de jornada por cuidado de hijos. Se vulnera el derecho fundamental a la igualdad cuando la empresa no ofrece ninguna justificación razonable en cuanto se trate de una consecuencia no deseada por la trabajadora, con independencia de que tal cambio de puesto de trabajo no fuera constitutivo de una modificación sustancial de condiciones de trabajo y sí de una movilidad funcional.

STSJ de Cataluña de 07/12/2007, Nº de Recurso: 39/2007.**DERECHOS FUNDAMENTALES: despido objetivo por embarazo de la trabajadora.**

Extinción por causas objetivas de trabajadora que prestaba servicios como terapeuta para un gabinete de belleza. Discriminación en la selección del trabajador afectado. Despido nulo, motivado por el embarazo de la trabajadora. Para afrontar la mala situación económica, la empresa decidió en un primer momento despedir a otra trabajadora que no fuera la actora para potenciar la línea de las terapias de las que se ocupaba y fue después de conocer que se encontraba embarazada que cambió de opinión y optó por despedirla. En consecuencia, la decisión de prescindir de sus servicios no fue ajena a su embarazo, sino que estuvo directamente relacionado con el mismo, por lo que no existe base jurídica para sostener su procedencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET.

STSJ de Asturias de 18/01/2008, Nº de Recurso: 3293/2007.**EXTINCIÓN DEL CONTRATO: contrato eventual en fraude de ley. Despido nulo de trabajadora embarazada.**

Contrato eventual por acumulación de tareas derivadas del incremento de actividad generado por la nueva captación de colaboradores dentro de un programa de colaboración comercial de la empresa. Se trata de un contrato fraudulento y la extinción de la relación laboral a su finalización constituye un despido aunque la relación hubiera podido mantenerse válidamente como un contrato temporal de obra o servicio determinado. En el caso del contrato eventual se debía haber acreditado que la empresa atravesaba por una situación de exceso de trabajo sobre su volumen habitual, no bastando con aducir que se trataba de la implantación de un programa, pues en ese caso se trataría de un servicio determinado. Aunque se admitiera la ausencia de ánimo defraudatorio, el contrato eventual suscrito vulneró las rígidas exigencias que se deducen de la excepcionalidad temporal del artículo 15 ET, ya que la acumulación de tareas o exceso de pedidos no se generó en el quehacer común de la empresa, sino como consecuencia de una campaña de captación de socios en razón a lo cual la vía adecuada a utilizar hubiera sido la modalidad temporal del contrato para obra o servicio determinado. Despido nulo de trabajadora embarazada: presunción de conocimiento del empresario sobre el embarazo: Basta con que éste tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo..

STSJ de Cataluña de 19/09/2007, N° de Recurso: 4277/2007.

MUJER: discriminación por acogerse a una reducción de jornada.

Discriminación por razón de sexo: trabajadora que es cesada en el ejercicio de las especiales funciones de coordinación, con derecho a compensación económica adicional, que venía desarrollando durante su permanencia en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor. Procede la declaración de nulidad radical de dicha conducta ordenando el inmediato cese de la misma con reposición de la situación anterior a la misma y la reparación de los perjuicios causados que se fijan en 4.200 euros.

STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 28 JUNIO 2007, REC. 3839/2006.

Discriminación retributiva indirecta por razón de sexo. Reducción de jornada por guarda legal de menor. Mejora en convenio colectivo.

Convenio Colectivo de empresa, que prevé que cuando la reducción de jornada por guarda legal de algún menor de seis años o familiares que requieran especial dedicación, no supere la hora diaria, no generará deducción de retribuciones. El requisito de la especial dedicación no se exige respecto de la excedencia por guarda legal de menores de seis años, y el Convenio constituye una norma especial y más favorable que la del Decreto 34/1999, de 9 de marzo del Gobierno Valenciano, que establece como requisito para que no produzca pérdida de retribución en los supuestos de reducción de jornada por guarda de menor de seis años la acreditación por órgano competente de la administración sanitaria, que el menor requiere especial dedicación. Teniendo en cuenta que tales reducciones de jornada son utilizadas mayoritariamente por mujeres, la aplicación del requisito de la certificación administrativa constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo.

3. ACOSO MORAL Y ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 Diciembre. Rec. 2253/03.

ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO: 1) Es competente el Orden Social para conocer de la responsabilidad del SUPERIOR JERÁRQUICO autor del acoso sexual sobre una trabajadora, y 2) Responsabilidad concurrente de la empresa que invocaba un supuesto desconocimiento de los hechos, cuando eran conocidos entre el personal del centro de trabajo y no adoptó medidas cuando fueron denunciados.

Ante una situación de acoso sexual denunciado por una trabajadora, formuló demanda laboral frente a la empresa y el autor del acoso que era su superior jerárquico. El Juzgado entendió que se trataba de un caso de discriminación por razón de sexo, condenado a la empresa y al autor de los hechos. No obstante, en recurso de suplicación, la STSJ del País Vasco de 18 de Septiembre de 2001 decidió la revocación de esa resolución con dos argumentos: 1) Es incompetente del Orden social para conocer de la acción frente al trabajador pues no es formalmente empleador, y 2) la empresa no es responsable por no haber tenido conocimiento de la existencia del acoso. El TC revoca esa decisión en los dos aspectos controvertidos al entender que supone una interpretación de la legalidad laboral y procesal contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Se reitera la doctrina de la anterior STC 74/2007.

1) En relación con la posibilidad de dirigir la demanda laboral frente al superior jerárquico, aunque no sea empleador en sentido estricto, dice el TC que “..no puede estimarse que la decisión judicial de la Sala resulte razonable, pues supone una interpretación indebidamente restrictiva de los arts. 2 y 181 LPL, que priva a la recurrente de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales si éstos resultan lesionados en el ámbito laboral. (FJ 5), pues es por completo infundado afirmar que la actuación de acoso no se realizó en el ámbito laboral. Dice al efecto el TC: resultó acreditado que el demandado era supervisor del restaurante del buque en el que la recurrente trabajaba como camarera e inmediato superior jerárquico suyo, y que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos. Estando acreditado, además, que el demandado había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales. En definitiva, no cabe duda de que la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social.

Y añade la Sentencia: “tampoco cabe calificar de razonable la interpretación judicial de la legalidad, al circunscribir el proceso especial previsto en los arts. 175 y ss LPL a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no

encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona. “

2) La otra cuestión sobre la que también el TC aprecia la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva es por la exoneración de la responsabilidad de la empresa por el supuesto desconocimiento de la actuación llevada a cabo por el superior jerárquico. En realidad los hechos declarados probados dicen otra cosa, ya que ni los superiores jerárquicos del trabajador demandado ni la empresa naviera a la que se comunicó la situación, reaccionaron de algún modo frente al acoso, ni siquiera cuando, como consta fehacientemente, tuvieron expreso conocimiento de él. Además, según el TC, existen indicios de dicho conocimiento por la empresa ya que las agresiones sexuales y requerimientos “eran conocidas en el barco”, no resulta razonable deducir que tal conocimiento se constriñó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresarial. La interpretación efectuada por la Sala de Suplicación “resulta ilógica, teniendo en cuenta la duración del acoso sexual, su publicidad por parte de su autor, y las peculiaridades del centro de trabajo, en el que, como señala el Fiscal, las relaciones entre los trabajadores y los empleadores son más intensas, al compartir, no sólo las horas de trabajo, sino el resto de la jornada dada la coincidencia entre lugar de trabajo y de residencia”

Con esta doctrina se posibilita dirigir la demanda de tutela de derechos fundamentales en general, y de acoso sexual en particular, no sólo contra el empresario formal, sino también contra el autor material de los hechos. Se rechaza interpretación dominante en la doctrina judicial laboral que acota la jurisdicción social a las controversias laborales, entendiendo estas como las propias entre empresa-trabajador, y considerando empresa al sujeto titular de la relación laboral y nunca a las personas físicas que ejercitan las facultades empresariales. Al menos esta interpretación no es aceptable cuando se comprometen los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras.

En una aplicación de esta doctrina a un caso distinto, está por ver si esta doctrina se aplica a la materia relacionada con las lesiones a los derechos fundamentales a la vida e integridad física cuando se exige responsabilidad no sólo al empleador, sino también a los mandos y técnicos que intervienen culpablemente en la generación de los daños del trabajador, lo que implicaría revisar la doctrina del TS que es oscilante al respecto.

Y también es importante la doctrina del TC por cuanto imputa a la empresa la responsabilidad por el acoso, descartando la excusa de un desconocimiento de los hechos, cuando lo cierto es que era una materia conocida entre el personal, y consta que ante la denuncia de la trabajadora, se abstuvo de cualquier medida, lo que determina su responsabilidad en el abono de la indemnización por los daños sufridos por la trabajadora.

STSJ DE ASTURIAS DE 23/05/2008, Nº de Recurso: 3833/2007.
DERECHOS FUNDAMENTALES: Abusos sexuales.

Extinción del contrato a instancia de la trabajadora al amparo del art. 50.1.c) ET: procedencia. Trabajadora que es objeto de un ataque sexual directo y explícito en el centro de trabajo y por una persona que era copropietario de la empresa y superior jerárquico de la víctima. Menoscabo de la salud físico-psíquica de la trabajadora, que sufre un trastorno de estrés postraumático reactivo, con incidencia negativa en su vida

social y laboral, determinante de una prolongada situación de incapacidad temporal. Indemnización adicional por daños morales de 3.000 euros, además de la que fue fijada en sentencia penal que también ascendía a 3.000 euros.

STJS DE CANTABRIA DE 02/06/2008, Nº de Recurso: 405/2008.

DERECHOS FUNDAMENTALES: Acoso moral y tutela judicial efectiva.

Trabajadora que es objeto de prácticas de hostigamiento por la empleadora a partir de las reclamaciones judiciales que había formulado contra la misma. Indicios: es suficiente el impago de salarios durante siete meses, sin que constituya motivo razonable que la trabajadora hubiera solicitado una reducción de jornada, cuando se trata de una simple operación proporcional, sencilla de calcular y existen otros trabajadores que, también con jornada reducida, cobran sus retribuciones. Indemnización por daños morales de 2.000 euros.

STJS DE CASTILLA-LA MANCHA DE 13/02/2008, Nº de Recurso: 1780/2006.

DERECHOS FUNDAMENTALES: Acoso moral e indemnización de daños y perjuicios.

Reclamación a la empleadora de indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 1101: Procedencia, en la cuantía de 20.000 euros. Tras denunciar la trabajadora demandante el ambiente de trabajo hostil y humillante para ella en que se encontraba, la empresa procedió a su despido sin causa alguna, el cual fue declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales, procediendo más tarde la empresa a despedirla nuevamente, cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal aquejada de síndrome depresivo, reconociéndose dicho despido como improcedente. La reprochable actuación de la empresa ha incidido directamente en el estado de salud de la trabajadora.

STJS DE MADRID DE 27/12/2007, Nº de Recurso: 3894/2007.

ACOSO MORAL: extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador.

Acoso moral: existencia. Modificación de las condiciones laborales a una trabajadora coincidiendo con su maternidad y la solicitud de reducción de jornada, con el incremento de su carga de trabajo, y que determinan el inicio de un proceso de Incapacidad Temporal por síndrome ansiosodepresivo. Se presume el hostigamiento a la trabajadora en aplicación del criterio sobre distribución de la carga de la prueba se establece en el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Procede la extinción del contrato a instancia de la trabajadora al amparo del art. 50.c) ET.

STSJ DE ASTURIAS DE 18/01/2008, N° de Recurso: 3376/2007.
ACOSO MORAL: indemnización de daños y perjuicios.

Acoso moral: atentado a la dignidad de la trabajadora y a su integridad moral que viola el artículo 15 de la Constitución y el artículo 4-2 e) del Estatuto de los Trabajadores. Guía turística que es apartada de sus funciones y es encomendada a prestar servicios en solitario en la cripta de una Iglesia. Procede una indemnización por daños morales de 15.000 euros.

STSJ de 12/11/2007, N° de Recurso: 3622/2007.
DERECHOS FUNDAMENTALES: Acoso sexual.

Despido nulo de trabajadora que había presentado reclamación ante la empresa por acoso sexual de un superior y denuncia penal por estos mismos hechos. Afectación a su derecho al honor, a la integridad física, psíquica y moral, a la intimidad, a no ser discriminado y a la igualdad. Notificación de finalización de contrato eventual, reconocido como un despido improcedente por la empresa. La empresa demandada no ha desvirtuado los indicios: la reclamación presentada por la trabajadora sobre el acoso sexual pocos meses antes del despido, que la empresa no llevase a cabo actuación alguna tendente a su comprobación hasta varios meses después de tener noticia de aquellos hechos. Indemnización de daños y perjuicios frente a la empresa en el proceso de despido: no puede entrar a resolverse la misma por haber ejercitado la trabajadora la acción civil de responsabilidad frente al autor material del acoso en el proceso penal.

STSJ de Castilla y León /Valladolid de 12/12/2007, N° de Recurso: 1982/2007.
DERECHOS FUNDAMENTALES: dignidad y honor del trabajador.

Indemnización de daños y perjuicios por la afectación a los derechos fundamentales a la dignidad e integridad física y moral del trabajadora. Procedencia: ofensas graves y amenazas (trato vejatorio) del administrador único de la empresa hacia la trabajadora, con la que mantenía relación de parentesco con entidad suficiente como para justificar la extinción de la relación laboral, y que motivaron un proceso de IT por crisis de ansiedad. La indemnización no debe ser tasada y moderada, debiendo resarcir la totalidad de los daños causados, incluidos los morales, no resultando ni excesiva, ni arbitraria el importe de 9.000 euros fijado en la instancia.

STSJ de Madrid de 27/12/2007, N° de Recurso: 3137/2007.
DERECHOS FUNDAMENTALES: adopción de medidas preventivas e indemnización por daños morales.

Clima permanente de enfrentamiento de la trabajadora con superior jerárquico, que motivó diversas reclamaciones a la empresa y al Comité de empresa para que se adoptaran medidas para poner fin a tal situación, no obstante lo cual la empleadora permaneció impasible, permaneciendo la trabajadora en situación de Incapacidad Tem-

poral por síndrome ansioso depresivo. Condena a adoptar las medidas necesarias para proteger el derecho fundamental de la trabajadora a su integridad física y moral, y a indemnizarla por los daños causados en el importe de 30.000 euros.

STSJ de Castilla y León /Valladolid de 12/02/2008, N° de Recurso: 105/2008.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: Despido nulo. Acoso moral. Afectación a la integridad moral y dignidad personal.

Trabajadora con gran antigüedad que había ingresado en la empresa por vía de subrogación. Ante la elevada cuantía de la indemnización por despido improcedente, la empresa decide trasladar a la trabajadora y aislarla, dejándola sin ocupación efectiva durante meses, planteando diversas ofertas de extinción del contrato y amenazando a la trabajadora con traslados, que originan su Incapacidad Temporal por proceso ansioso-depresivo. afectación a la integridad moral y dignidad personal. Posterior despido disciplinario por faltas de asistencia. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales: acreditada falta de causa del despido, la inserción de éste en una cadena de actos vulneradores de derechos fundamentales de la trabajadora y el que finalmente la causa real del despido sea una baja médica originada por una enfermedad causada por la indicada conducta de la empresa.

STSJ DE MADRID DE 10 SEPTIEMBRE 2007, REC. 2770/2007.

ACOSO MORAL: indemnización por daños morales.

Acoso moral: indemnización por daños morales. La situación de acoso moral en el trabajo se ha extendido más de seis años, durante los cuales la demandante tuvo que soportar numerosos cambios de funciones y departamentos, así como otras situaciones ciertamente estresantes, todo ello encaminado a quebrantar su firme voluntad de permanecer en la empresa, lo que, al cabo, determinó que por dos veces hubiera de permanecer varios meses en situación protegida de incapacidad temporal con motivo del cuadro ansioso-depresivo que le sobrevino. La indemnización fijada en cuantía de 50.000 euros resulta razonable y proporcionada a los daños irrogados.

4. PROTECCION DE LA SALUD

SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 62/2007, de 27 de Marzo, Rec. Amparo 1623/02.

PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: **Supone la lesión del derecho fundamental a la vida e integridad física asignar cometidos a una funcionaria en avanzado estado de gestación, sin haber cumplido las garantías previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.**

Se trata de determinar si supone lesión del derecho fundamental a la vida e integridad física la actuación llevada a cabo por el Servicio Andaluz de Salud, por el tratamiento que dispuso a una funcionaria interina, que actuaba como coordinadora veterinaria del distrito sanitario cuando la Dirección del indicado distrito le dio instrucciones el día 2 de agosto de 2000 para que, a partir del siguiente día 3, asumiera las funciones de seguimiento, control e inspección veterinaria de un matadero. Al día siguiente la funcionaria acudió al matadero y el 4 de agosto de 2000 obtuvo la baja por incapacidad temporal. La interesada presentó escrito ante el Servicio de Salud en contra del cambio de funciones que había sufrido, por no ser propias de su puesto de coordinadora veterinaria, y sobre todo, porque la realización de forma directa de las nuevas funciones suponía un especial peligro para su salud y la de su futuro hijo, y ello por cuanto se encontraba en avanzado estado de gestación (seis meses) y existía “un evidente riesgo potencial de contagio de enfermedades” que, en su estado, podían resultar “fatales”. Solicitaba la no procedencia de la reasignación de tareas efectuada la restitución a su situación anterior, ejerciendo las funciones propias del cargo como Coordinadora Veterinaria del Distrito. La Administración respondió con el silencio, ante lo cual se formuló demanda contenciosa por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales.

El Juzgado de lo Contencioso num. 6 de Sevilla estimó la demanda y declaró la lesión del derecho fundamental de la funcionaria, al considerar que la LPRL consagra en su art. 14 el deber de protección de la salud del personal a su servicio que incumbe a las Administraciones públicas, y contiene en su art. 26 normas especiales de protección de las trabajadoras en situación de embarazo para evitar su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, determinando incluso el desempeño de un puesto de trabajo diferente, compatible con su estado. En el caso resulta que el trabajo en un matadero no le era aconsejable por el sobreesfuerzo que conlleva y el riesgo de transmisión vertical de antroponosis, de modo que “hay que concluir que la desestimación de la reclamación previa formulada por la recurrente vulneró el derecho a la vida e integridad, ya que, si bien no consta que se produjera como consecuencia del acto administrativo ningún tipo de lesión física o de cualquier otra índole, (no se acredita en virtud de documento alguno la existencia del correspondiente nexo causal y el trabajo, únicamente se desempeñó durante un día), sí es vulnerado el citado derecho desde la perspectiva de la capacidad potencial del acto impugnado para infringirlo”. En el fallo se declaró la nulidad del acto administrativo impugnado.

El TSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso no compartió dicha conclusión y la Sentencia de 3-12-2001 estimó el recurso de la Administración, al considerar que no se ha probado que la recurrente hubiera comunicado verbalmente o de otra forma su estado a las personas del entorno laboral, no pudiéndose tampoco presumir que un embarazo de seis meses sea un hecho que se conozca siempre a simple vista. El TC, por el contrario, estima la demanda de amparo.

El TC rechaza que el supuesto desconocimiento por la entidad empleadora del dato del embarazo justifique su postura abstencionista a revisar la asignación de funciones una vez que la trabajadora cursó su reclamación advirtiendo de la incompatibilidad que había entre las mismas y su condición de embarazada. La Sentencia se enfrenta a la dimensión constitucional que presenta el derecho del trabajador a su seguridad y salud en el trabajo, y llega a la conclusión que el derecho que protege el art. 15 CE no comprende todo supuesto de riesgo o daño para la salud sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6). Pero por ello mismo “se deduce que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos —como podría ser el caso de la inactividad del Servicio Andaluz de Salud una vez conocida la situación de embarazo de la Sra. H., constando el riesgo potencial para dicho estado de las funciones encomendadas en la Resolución de 2 de agosto de 2000.” De esta forma las vías procesales para la protección de los derechos fundamentales son idóneas para garantizar la salud laboral, pero no frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud, pero sí supone admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental que aquí se invoca. En particular, desde la perspectiva constitucional que nos compete, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquélla o para el del hijo en gestación. (FJ 3).

La infracción del derecho fundamental se concretaría en el incumplimiento en que habría incurrido el empleador de las garantías que establece la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que en este punto “permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE (FJ 5), concluyendo en que...” Acogiendo ese régimen legal en su dimensión constitucional, esto es, en tanto que desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE), la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna un actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen (FJ 6).

Aclara el TC que para que se produzca la vulneración del art. 15 CE, no es preciso que la trabajadora estuviera expuesta al riesgo de manera real y efectiva, ni que se haya consumado la lesión en su integridad, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post. La relevancia de esta sentencia radica tanto en el reconoci-

miento de límite del poder empresarial en asignar funciones incompatibles con el estado de embarazo de la mujer en particular, y de la salud de los trabajadores en general, como en la calificación de que dicha actuación empresarial no sólo afecta a cuestiones de legalidad ordinaria como es la LPRL, sino al derecho constitucional a la vida e integridad física cuando implique de manera real y efectiva un riesgo o peligro grave y cierto. Esto abre las correspondientes vías procesales y la posibilidad de reparar los perjuicios sufridos ante la lesión del derecho fundamental, aspecto éste sobre el que no se entró en el proceso.

5. CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL Y LABORAL

Audiencia Nacional, 19 de Noviembre 2007, Autos 137/07.

RETRIBUCIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA, CUANDO SE DISFRUTA DE FORMA ACUMULADA: **Debe comprender la totalidad de las retribuciones como si se prestaran servicios, incluyendo los complementos retributivos por objetivos y funcionales. Se reconoce el derecho de las trabajadoras del sector de Grandes Almacenes, corrigiendo la práctica empresarial.**

El Convenio Colectivo para el sector de Grandes Almacenes, con vigencia hasta el 31-12-2008, regula en su art. 41 el permiso de lactancia, remitiéndose a lo establecido en el art. 37.4 ET, y también contempla la posibilidad de acumular lo que denomina “reducción de jornada” (que en realidad tiene una duración media hora al día, inferior al permiso en si mismo de una hora diaria), en 14 días naturales, uniéndolo al período de baja por maternidad. La práctica empresarial generalizada es que no debe incluirse todo el salario en la retribución del permiso por lactancia y excluye del mismo los conceptos denominados salario variable, es decir, los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales. Esto se pretendía fundamentar en que el convenio regula en el art. 38 las licencias retribuidas, y sólo asegura el salario base y los complementos personales, pero no otros conceptos retributivos, por lo que, según la patronal, la misma consideración debería tener el permiso de lactancia. Por parte de CC.OO. se interpuso conflicto colectivo, al que se acumuló el que también formuló UGT siendo estimado.

Considera la Sentencia que el permiso por lactancia es una institución jurídica distinta de los permisos regulados en el art. 37.3 ET, al estar regulado en el apartado 4, por lo que su naturaleza y finalidad debe analizarse en relación con la Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar. “Se trata, pues, de proteger el interés del menor si que la atención que requiere en la etapa inicial de su vida, incida negativamente en la situación laboral de los padres, especialmente la madre. Por ello es preciso entender que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el convenio, que implique pérdida económica para el trabajador es contraria al espíritu de la Ley”. Y añade que el disfrute acumulado del permiso “...es una mejora, su retribución de ser la del tiempo efectivamente trabajado, lo contrario significaría que el disfrute del derecho implica una pérdida económica” (doctrina SSTSJ de Madrid 21-12-04, Rec. 4951/04 y Cataluña de 28-09-06, Rec. 348/05)

Al margen de lo correcto que pueda ser el criterio de acumular, según el convenio, la reducción de jornada o el permiso, lo cierto es que la sentencia garantiza la retribución íntegra, incluyendo todos los conceptos a fin de excluir cualquier pérdida económica por razón de haber hecho uso de ese permiso. Ciertamente esto no excluye la problemática que plantean los conceptos que no tengan la consideración de salariales, si bien habrá que estar, en cada caso, a la concreta naturaleza de los mismos para evidenciar si tienen o no una función retributiva del trabajo.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de septiembre 2007; Rec. 3516/07.**CÁLCULO DE LA ACUMULACIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA EN JORNADAS COMPLETAS: se computa la hora diaria de ausencia y no la media hora de reducción de jornada.**

La representación de los trabajadores y la empresa firmaron un acuerdo en el año 2005 en el que como mejora de lo dispuesto en el convenio colectivo se permitía a los trabajadores la “acumulación del tiempo de lactancia en días completos, para quienes teniendo derecho así lo soliciten, como prolongación de la situación de maternidad.” En aplicación del acuerdo, y partiendo del contenido del permiso de lactancia contenido en el art. 37.4 la empresa interpretaba que lo que procedía acumular en jornadas completas era la media hora de reducción de jornada por día de trabajo. Los trabajadores interponen demanda de conflicto colectivo al entender que lo procedente era sumar una hora de ausencia por día de trabajo. La sentencia del Juzgado de lo Social, que se recurre en suplicación, desestimaba la pretensión de los trabajadores.

El TSJ estima el recurso, y la demanda de los trabajadores. Señala de que el núcleo fundamental del derecho a la reducción de jornada lo constituye la hora de ausencia, quedando la reducción de la jornada en media hora como una posibilidad sustitutoria del derecho original: “Es evidente que el tiempo de lactancia a que se refiere el Pacto es la hora diaria retribuida establecida en el permiso de lactancia regulado en el artículo 37.4 del ET. Los términos del Pacto no se pueden referir a la reducción de jornada de media hora diaria, que ni se menciona, porque esta reducción menor de jornada es una posibilidad sustitutoria del permiso, que depende de la opción de quien tiene el derecho al permiso de lactancia, posibilidad que no se contempla. Por tanto no se puede hacer ninguna distinción que no esté prevista en el Pacto ni equiparar el ejercicio acumulado del tiempo del permiso de lactancia con la reducción de jornada que depende únicamente de la voluntad de los padres afectados...”

Esta concreción, reviste especial trascendencia habida cuenta de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece legalmente la posibilidad de que el trabajador opte por la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, si bien deja en manos de la negociación colectiva o del acuerdo entre trabajador y empresario los términos del disfrute del permiso acumulado. A la hora de negociar los términos de la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas debe partirse de que lo computable es la hora de ausencia, y no la media hora de reducción de jornada.

STSJ DE MADRID DE 27/06/2007, Nº de Recurso: 1420/2007.
CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: Derecho a modificación de horario sin previa reducción de jornada.

Trabajadora que solicita la modificación de su horario de trabajo, para hacerlo compatible con el horario escolar de su hija menor de ocho años, sin solicitar simultáneamente una reducción de su jornada de trabajo: alcance del art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. Se han ponderar las circunstancias concurrentes y se ha de efectuar una 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 modificación del horario por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada por la trabajadora y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Prevalece el interés atender al cuidado de una hija de ocho años de edad sobre el mero poder de organización de la actividad empresarial, cuyo funcionamiento regular no se ve alterado por la medida.

STS Social (Sala General) de 18/06/2008, Rrud. 1625/2007.

DOCTRINA RESTRICTIVA EN MATERIA DE ADAPTACIÓN DEL HORARIO POR CUIDADO DE FAMILIARES: El art. 37.6 ET no garantiza el derecho a adaptar el horario del trabajador si al mismo tiempo no se solicita la reducción de jornada. Sería preciso que lo prevea el convenio colectivo, o lo acuerde con el empresario

En el caso que analiza el TS, una trabajadora de El Corte Ingles, madre de una hija con un grado de minusvalía del 51%, tenía una jornada a tiempo parcial, con obligación de trabajar los sábados y vísperas de festivos si era requerida, trabajando determinados días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas. En fecha 3 de febrero de 2006 solicitó de la empresa pasar a realizar la jornada de trabajo de lunes a viernes de 9,30 hasta las 14,30 horas para el cuidado de su hija, lo que fue denegado. El Juzgado de lo Social núm. 12 de Málaga, por sentencia de 14-07-2006 desestima la demanda de la trabajadora, por entender que no concurren los requisitos previstos en el artículo 37, apartados 5 y 6 ET. Previa a la celebración del juicio, la empresa propuso a la actora acceder a lo solicitado, si bien provisionalmente durante un año, y en otro centro de trabajo más cercano al domicilio de la actora, lo que fue rechazado por la actora.

La STSJ Andalucía/Málaga de 22-02-2007 (JUR 2008, 262109) desestima el recurso de suplicación por la demandante, confirmando la sentencia de instancia, razonando que, si bien la demandante se encuentra dentro del campo de aplicación del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores -al tener una hija con una minusvalía reconocida del 51%- y por lo tanto podría solicitar una reducción de su jornada para el cuidado de la misma; sin embargo entiende que ni este precepto ni el espíritu de la Ley 38/99 le amparan a cambiar su jornada de trabajo ni encaja en la previsión de dicha normativa la modificación sin la correspondiente reducción de jornada.

Se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, invocándose como contradictoria la STSJ de las Islas Baleares de 4 de julio de 2005 (AS 2005, 2074), que reconoció el derecho a disfrutar de una jornada continuada a un trabajador con jornada irregular y en ocasiones partida, de IBERIA. La Sala confirma la decisión del Juzgado de lo Social, y entiende que debe prevalecer el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, y el interés del actor en el cuidado y atención de su hijo menor, máxime no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

El recurso justifica la pretensión de la trabajadora en los arts. 39 de la Constitución Española en relación con la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, y de los artículos 20 y 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 7.1 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, se constituye en Sala General, habida cuenta de la complejidad y trascendencia de la cuestión controvertida, fija doctrina unificada rechazando el recurso de casación, y descarta que la trabajadora tenga derecho al cambio de horario que había solicitado, con arreglo a los siguientes razonamientos que resumimos:

1.- En primer lugar, el TS analiza la cuestión desde la perspectiva del art. 37.5 y 6 ET, rechazando que los mismos permitan la adaptación el horario de la trabajadora si, al mismo tiempo, no solicita la reducción de jornada. Dice al efecto (FJ 5):

“...el artículo 37 apartados 5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores por ser la norma que directamente aborda uno de los aspectos de la conciliación de la vida familiar y laboral a impulso de las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, ningún apoyo ofrece a la tesis de la demandante al no tratarse de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes. Se trata de una norma positiva que contempla una modalidad específica de auxilio a trabajadores con necesidades familiares que atender. En concreto, el apartado 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.»

En el apartado 6º se perfila ese derecho diciendo que «la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada prevista en el apartado 4º de este artículo corresponderá al trabajador.»

La recurrente tan sólo invoca el apartado 6º pero el mismo no puede desvincularse del apartado 5º pues no se trata de dos derechos independientes sino de uno solo, la reducción de jornada en el apartado 5º y la extensión en la que puede ejercitarse, con arreglo al apartado 6º.

No cabe duda de que el derecho está concebido en cuanto a su modalización de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el período de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario.

No se contempla en el Estatuto de los Trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º.b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato.

2º.- En segundo lugar, considera que la Ley 39/1999 no ofrece cobertura suficiente para imponer dicha regulación, ya que sólo tendría efectividad respecto de las medidas concretas que establece, y no cabe deducir un principio general que posibilite la conciliación de la vida personal y familiar como un derecho general.

3º.- Y en tercer lugar, según el TS, tampoco la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres ofrece cobertura a dicha pretensión. El art.

34 del ET, tras su nueva redacción por dicha ley, posibilita el cambio de horario y jornada sólo en caso de que lo prevea el convenio colectivo o mediante acuerdo con el empresario, por lo que parece descartarse un derecho individual exigible al margen de esos supuestos. Dice el TS (FJ 5):

“No cabe tampoco, como se advertía al comienzo de este razonamiento, elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres, ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante.”

Así, en la nueva redacción, al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se le añade un nuevo apartado del tenor literal siguiente: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.» Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo.

Interpretando el conjunto normativo, ya se trate del vigente en la fecha de los acontecimientos origen de la reclamación como el posterior, de aplicación en la actualidad, no se advierte en el mismo conculcación por los poderes públicos del deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia, en los términos contemplados en el artículo 39 de la Constitución Española.

4º.- Por último, considera el TS que el criterio fijado por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, que había declarado la existencia de una discriminación indirecta por no haber reconocido un derecho a la reducción de jornada con adaptación del horario, no puede aplicarse al caso presente, en el que se pide la adaptación horaria sin reducción de jornada. Concluye el FJ 6:

“... pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando las artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del ET en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a los principios legales a los que está vinculada.”

Segundo. La Sentencia cuenta con un Voto Particular, suscrito por los Magistrados Rosa Virolés Piñol y Jordi Agustí Juliá, en el que sostienen el derecho de la trabajadora a la adaptación de su horario para atender al cuidado de su hija. Aunque reconocen que existe un vacío o laguna legal en la redacción del apartado 5 del artículo 37 ET, entienden que el derecho se deduce del espíritu de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, teniendo en cuenta que como ha dicho la propia doctrina del TS, -S de 20-07-2000 (rec. 3799/1999 [RJ 2000, 7209]), el precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) y como recordó la Sentencia de 11-12-2001 (rec. 1817/2001 [RJ 2002, 2025]), dicha regulación no sólo protege el interés del trabajador o trabajadora a la conciliación de su vida personal y familiar, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. Dice el Voto Particular que “Como ha puesto ya de manifiesto la doctrina científica, difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley 39/1999 (RCL 1999, 2800), si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción de la jornada le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo, sin reducción de la misma.”

Por tanto, concluyen en que: “...existe una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia -tal como señalan las sentencias de esta Sala de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 2864) y 26 de abril de 2004 (RJ 2004, 4707)- de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, en los términos señalados por los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores”.

Por último, recuerda el Voto Particular los criterios que cabe extraer de la STC 3/2007, de 15 de Enero, que exige una ponderación del derecho de conciliación de la vida personal y familiar y los intereses de la empresa, de modo 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 cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado 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, de acuerdo con nuestra doctrina.».

Este razonamiento, si bien contenido en un supuesto diferente, marca las pautas a seguir para la resolución de la cuestión litigiosa. Y partiendo de ello, la tesis correcta habría de estimarse que se contiene en la sentencia de contraste, en donde ponderando las circunstancias concurrentes resulta que la empresa no ha alegado en momento alguno que aceptar la solicitud de la trabajadora provoque perturbación o entorpecimiento de cualquier tipo en el buen funcionamiento del servicio, ni tampoco explica las razones organizativas que impiden la asignación del horario solicitado, que dificultaría la eficaz atención de sus responsabilidades maternas para con su hija minusválida; en cambio sí están acreditadas las circunstancias familiares concretas de la actora que justifican de forma indubitada su petición. Es más, tanto en la sentencia de instancia, como en la dictada en suplicación, al igual que por la empresa, la única razón que se da para rechazar la pretensión, es que la pretensión no está contemplada en el artículo 37-5 y 6 del ET, olvidando la finalidad de la norma, la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral, y las circunstancias especiales concurrentes en el caso. En todo caso,

este es el criterio minoritario dentro de la Sala de lo Social, y que por tanto no constituye jurisprudencial.

Tercero. La doctrina fijada por el TS, 4^a en Sala General, supone una importante limitación a la efectividad de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar, ya que supone rechazar los criterios que han venido aplicando numerosas resoluciones judiciales en las que se admitía el derecho del trabajador o trabajadora a adaptar su horario a fin de atender las necesidades generadas por el cuidado de hijos o familiares, cuando por otra parte ello no supusiera un perjuicio relevante y justificado para la empresa.

1.- Ciertamente, la normativa no recoge expresamente este derecho, y más bien lo limita, en primer lugar, tras la Ley 39/1999, a los casos de reducción de jornada. Tras la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, ese derecho se puede reclamar en otros casos, pero siempre que lo prevea el convenio colectivo o se acuerde con el empresario, lo que pone en evidencia el protagonismo que tiene la negociación colectiva en este punto.

2.- En todo caso, resulta cuestionable que la empresa pueda, sin más, denegar la adaptación del horario sin ofrecer una justificación suficiente de las razones para ello, pues no se olvide que se trata de una materia relacionada tanto con la protección del menor, como también con la igualdad efectiva de la mujer en los casos en que asuma los cuidados de familiares. La negativa infundada de la empresa, además de suponer un abuso de derecho, implicaría una discriminación por razón de sexo al imponer un obstáculo a la compatibilidad de la vida profesional de la trabajador y el cuidado de familiares, aspecto que resalta el Voto Particular. Está por ver el criterio que pueda tener el Tribunal Constitucional.

6. PROTECCION SOCIAL

STSJ DE ASTURIAS DE 13/06/2008, N° de Recurso: 2591/2007.
SEGURIDAD SOCIAL: pensión en favor de familiares.

1) Pensión en favor de familiares: se entiende acreditada la atención prolongada de la solicitante al cuidado del causante cuando tras convivir largo tiempo con su padre, no se ha procurado una independencia económica, sino que por el contrario ha vivido a expensas del ascendiente. 2) Requisito de carencia de medios propios de vida: Cuando el solicitante está separado legalmente, no puede recaer él el perjuicio de una «falta de prueba sobre la inexistencia de familiares con obligación de prestar alimentos, en este caso, la pensión compensatoria y la obligación genérica de alimentos que corresponde al esposo del que no se encuentra divorciada».

STSJ DE ASTURIAS DE 11/07/2008, N° de Recurso: 4018/2007.
SEGURIDAD SOCIAL: pensión de orfandad.

Pensión de orfandad: Filiación no matrimonial, cuando la madre sobreviviente no tiene derecho a pensión de viudedad. El huérfano tiene derecho al incremento de su pensión de orfandad en el porcentaje general aplicable a la pensión de viudedad no satisfecha, ya que en caso contrario se produciría una discriminación indirecta por razón de nacimiento. En todo caso, no se transmite al huérfano el complemento especial de la pensión de viudedad por falta de ingresos y menores a cargo.

STSJ DEL PAÍS VASCO DE 2 MAYO 2007, REC. 630/2007.
SEGURIDAD SOCIAL: prestación a favor de familiares.

Prestación a favor de familiares: el requisito de la dedicación prolongada al cuidado del causante no es incompatible con la posibilidad de dedicación a una actividad laboral, máxime cuando esta era de carácter parcial, reducida y hasta discontinua.