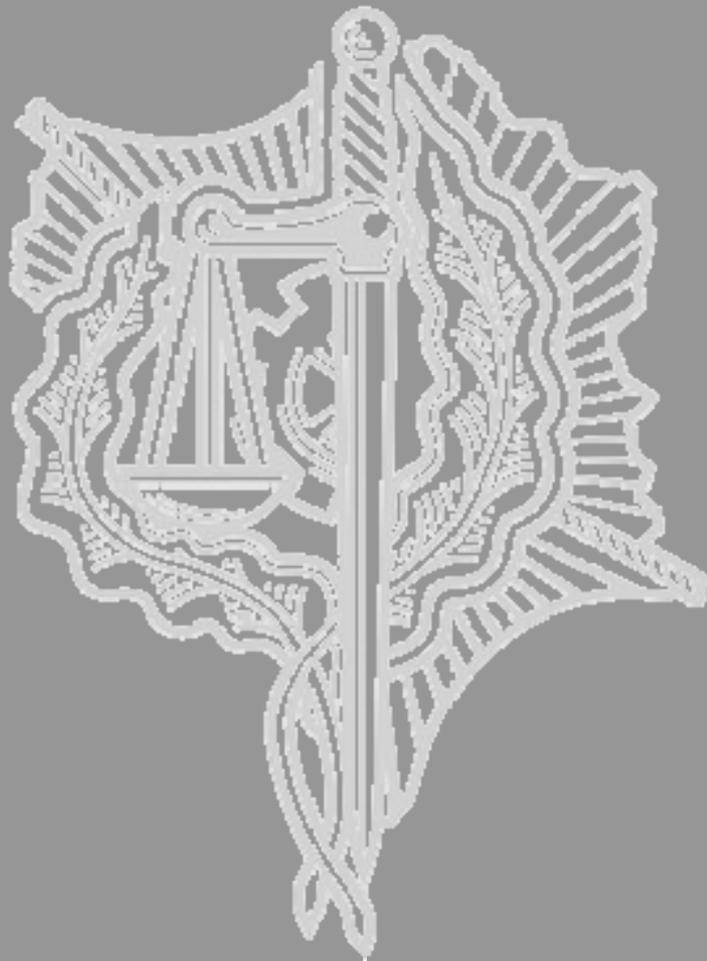




**Tribunal Constitucional:  
STC. 92/2008, de 21 de julio de 2008**

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el de no ser discriminada por razón de sexo: despido de trabajadora embarazada, a pesar de que la empresa lo ignoraba.





**Edita:**

**IL.LUSTRE COL.LEGI OFICIAL  
DE GRADUATS SOCIALS DE  
TARRAGONA**

Estanislau Figueres, 17  
43002 Tarragona

Tel. 977 22 45 13 · Fax 977 22 95 25

[colegio@graduados-sociales-tarragona.com](mailto:colegio@graduados-sociales-tarragona.com)

[www.graduats-sociales-tarragona.org](http://www.graduats-sociales-tarragona.org)

[www.graduados-sociales-tarragona.com](http://www.graduados-sociales-tarragona.com)

**Consell editorial:**

Junta de Govern de l'Il·ltre.  
Col·legi Oficial de Graduats  
Socials de Tarragona

**Directora Tècnica:**

Excma. Sra. Rosa Maria Virolès Piñol.  
Magistrada de la Sala Cuarta del  
Tribunal Supremo

**Directora Executiva i Coordinadora:**

Sra. Amparo Pérez Grau.  
Gerent de l'Il·ltre. Col·legi Oficial de  
Graduats Socials de Tarragona

**Disseny i maquetació:**

Sra. Silvia Haro Pozo.  
Responsable Departament Pàgina Web  
Il·ltre. Col·legi Oficial de  
Graduats Socials de Tarragona

**Dipòsit Legal:** T-177-97



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 21/05/2008**Ponente:** Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol**Síntesis**

**DESPIDO declarado improcedente en Suplicación. CONSUMO DE CANNABIS por trabajador (con categoría profesional de especialista brigada helitransportada) de empresa adscrita a Servicio de Emergencias. Requisitos de la CARTA DE DESPIDO. Se anula la sentencia, para que por la Sala de suplicación se resuelva el recurso partiendo de la suficiencia de la carta de despido.**

**Doctrina:**

"(...) La cuestión controvertida en el presente recurso, consiste en determinar si la carta de despido en caso de imputación de consumo de cannabis debe reflejar o no las fechas concretas de tal consumo. El pronunciamiento de la sentencia recurrida se basó para declarar la improcedencia del despido, en dos razones que pueden verse entremezcladas: primero, que cuando se imputa la causa de despido relativa a la embriaguez habitual o toxicomanía, el empresario debe consignar en la carta las fechas concretas en que fue detectado al trabajador bajo la influencia de tales sustancias, así como el concreto estado en que se encontraba, de lo cual se deduce que la Sala de suplicación declara la improcedencia del despido por defectos formales, pero además añade un segundo argumento, vinculado íntimamente con el anterior: que la empresa no acreditado los requisitos exigibles ni por el art. 54.2.f), ni tampoco los de la letra d). En consecuencia, las imputaciones eran abordadas desde una doble perspectiva: el consumo habitual de sustancias tóxicas durante el trabajo, y el quebranto de la buena fe que supone el consumo puntual, y por ello no reiterado.

(...) La primera cuestión controvertida en el presente recurso, consiste en determinar si la carta de despido es o no suficiente; en definitiva si cumple los requisitos previstos en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, y en concreto, en el caso de imputación de consumo de cannabis, si debe reflejar o no las fechas concretas de tal consumo.

El artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores establece que "el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos". Esta exigencia ha sido retiradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la sentencia de 3 de octubre de 1988, a tenor de la cual *"aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala - sentencias de 17 de diciembre de 1.985, 11 de marzo de 1.986, 20 de octubre de 1.987, 19 de enero y 8 de febrero -, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador"*.

(...) Analizando la suficiencia de la carta, por esta Sala del Tribunal Supremo, ha de concluirse que -en el caso, y atendiendo a las particulares circunstancias-, la carta de despido es suficiente; pues no nos encontramos ante unas imputaciones genéricas, sino ante una conducta continuada, que no puede desvincularse de las reuniones mantenidas por la empresa con el trabajador en fechas concretas para tratar la cuestión, que en la propia carta se refieren.(...)"

2907/07

002

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 17/06/2008**Ponente:** Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero**Síntesis**

**SEGURIDAD SOCIAL. PENSIÓN DE VEJEZ DE TRABAJADORES EMIGRANTES RETORNADOS. SE APRECIA EN EL RECURSO, FALTA DE RELACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LA CONTRADICCIÓN Y FALTA DE CONTRADICCIÓN, LO QUE DA LUGAR A LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO.**

**Doctrina:**

"(...) 1.- No obstante el interés que jurídicamente tiene la cuestión de fondo planteada en el presente procedimiento, el presente recurso de casación no puede ser admitido por cuanto no reúne las exigencias procesales que permitan garantizar una

buen solución unificadora de la doctrina aplicable al caso concreto planteado.

2.- En relación con ello lo primero que se aprecia es que en el recurso no consta incluida una correcta relación precisa y circunstanciada de la contradicción como el art. 222 de la Ley

de Procedimiento Laboral y reiterada doctrina de esta Sala exigen. En efecto, dicho art. 222 exige que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. Para cumplir este requisito la parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción mediante una argumentación mínima sobre la concurrencia de las identidades del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, a través de un examen, que sea suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la propia Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas (Sentencias de 27 de mayo de 1992 (R. 1324/1991), 16 de septiembre de 2004 (R. 2465/2003), 6 de julio de 2004 (R. 5346/2003), 15 de febrero de 2005 (R. 1900/2004), 28 de junio de 2005 (R. 3116/04) y 31 de enero de 2006 (R. 1857/04).

(...) 3.- Incumplida por el recurrente su carga de hacer aquella comparación que permita llegar a determinar si concurre el requisito de la contradicción que opera como presupuesto de admisión de este recurso según el art. 217 de la LPL, y realizada esta comparación obligada por la Sala, es preciso llegar a la conclusión de que aquella contradicción entre sentencias que conforme al precepto citado da contenido casacional al recurso, tampoco concurre. En efecto, aunque el presente recurso sólo ha concretado la muy diversa problemática discutida a lo largo de todo el proceso pues se ha limitado a la determinación de cuál fuera la base reguladora de la pensión teórica sobre la que calcular la que le correspondería percibir al demandante, y aunque es cierto que la doctrina de esta Sala es muy clara en cuanto a la aplicación de bases distintas de las que tuvo en cuenta el INSS para un supuesto de jubilación normal, o sea para un trabajador que se jubila cuando cesa de prestar servicios efectivos, y que es la que tuvo en cuenta la sentencia

de contraste (en la que por cierto no se aplicó nuestra indicada doctrina), no puede aceptarse con naturalidad, o sea, con un estudio específico que aquí no se ha producido, que dicha doctrina sea igualmente aplicable a un supuesto como el aquí traído a debate cual es el de un trabajador que reclama el reconocimiento de una pensión de vejez con cargo a los Reglamentos Comunitarios – solicitud presentada en 2005 - cuando previamente ha estado desde el año 1992 percibiendo prestaciones por invalidez; y ello a pesar de que el art. 43 del Reglamento (CEE) 1408/71 disponga en su apartado 1 que “las prestaciones de invalidez se convertirán, llegado el caso, en prestaciones de vejez, con arreglo a las condiciones establecidas por la legislación o legislaciones en virtud de las cuales hayan sido concedidas y con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 3”, con lo que claramente nos está llevando al cálculo de conformidad con los requisitos exigidos para la prestación de vejez y por lo tanto en situación semejante a la de la sentencia de contraste. Pero esta circunstancia, que no impediría la apreciación de contradicción en supuestos normales ya pasa a ser elemento diferencial a tener en cuenta cuando el demandante reclama el reconocimiento y cálculo de su pensión sobre lo que se conoce como “bases medias”, pero sin hacer referencia alguna en el recurso al hecho de que la sentencia recurrida tuvo en cuenta para desestimar su pretensión un período distinto del solicitado por el actor. Por ello en el caso, no estamos ante la misma situación si partimos de la realidad procesal de que el período de cómputo de las bases de cotización en la sentencia de contraste era un período trabajado en otro país, mientras que en el caso que aquí se contempla la Sala aplicó otras bases distintas por entender que se referían a un período de invalidez y por ello no trabajado por el actor.

(...) Los citados defectos procesales conducen a la inadmisión del presente recurso de casación por la inseguridad jurídica que produciría su admisión para poder dar la solución jurídica unificada que se pretende(...).”

1625/07

003

## TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 18/06/2008

**Ponente:** Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

### Síntesis

**SALA GENERAL. HORARIO DE TRABAJO, SIN REDUCCION DE JORNADA, PARA EL CUIDADO DE UN HIJO MINUSVÁLIDO. PROCEDIMIENTO. INTERPRETACION DEL ART. 37-6 DEL E.T. ENTIENDE LA SALA QUE UNA PETICIÓN DE CAMBIO DE HORARIO SIN REDUCCIÓN DE JORNADA, NO ESTÁ COMPRENDIDO EN EL ART. 37 ET. SE DESESTIMA EL RECURSO.** Se formula Voto particular por los Magistrados, Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Vicolés Piñol y Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià.

### Doctrina:

(...) Previamente al examen de la cuestión de fondo debe plantearse la Sala, la procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia dado que el punto 6º del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores dispone: “que las discrepancias surgidas entre la empresa y el trabajador sobre la sucesión horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de dicho precepto, serán resueltos por la Jurisdicción correspondiente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”, y este artículo establece que la sentencia que se dicta en la instancia será firme. En el caso de autos, sin embargo la tramitación dada por el Juez de lo Social

a la demanda, por la vía procesal del procedimiento ordinario, era adecuado, pues como argumenta en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte del trabajador en un supuesto no comprendido en el mismo y cuya decisión requiere una interpretación extensiva del alcance del artículo 37-6 del Estatuto de los Trabajadores en un supuesto de no reducción de jornada, que es el contemplado en este artículo.

(...) En cuanto al fondo, la actora denuncia en su recurso, la infracción del artículo 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.

Comenzando el análisis de la denuncia de infracción por 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 periodo de disfrute de la reducción de jornada prevista en el apartado 4º de este artículo corresponderá al trabajador."

(...) 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.

(...) La Sala conoce la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía ó no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 C.E. de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, 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 Organos 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 E.T. 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.(...)"

2048/07

004

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 25/06/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan

### Síntesis

DESPIDO CON LESION DE DERECHO FUNDAMENTAL. FALTA DE CONTRADICCION EN DOS MOTIVOS. SE ESTIMA LA DENUNCIA DE ACUMULACION INDEBIDA A LA DEMANDA DE DESPIDO DE UNA RECLAMACION DE COMPLEMENTO DE IT COINCIDENTE CON EL PERIODO DE TRAMITE.

### Doctrina:

"(...) Para efectuar el juicio de comparación, la Sala ha de tener como norte y referencia, como es lógico, la doctrina constitucional sobre los límites del derecho fundamental. Y mas concretamente la que (SSTC 106/1996, 3/1997, 110/2000,151/2004 y 181/2006) afirma, en resumen, que el derecho fundamental a la libertad de expresión, si bien no incluye un pretendido derecho al insulto, si dispone al tratarse de la formulación de pensamientos, ideas y opiniones sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, de un

campo de acción muy amplio que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea hiriente, desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, y solo excluye las expresiones intrínsecas y absolutamente vejatorias, es decir aquellas que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean gravemente ultrajantes, ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes e innecesarias para expresar las opiniones; y también, que no cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva.

Esta Sala debe comprobar, por consiguiente, si se da la igualdad suficiente para apreciar la existencia de contradicción, respecto de las concretas circunstancias fácticas que, siendo relevantes para valorar si se traspasaron o no los límites del derecho fundamental, concurrían en cada caso cuando se produjo el ejercicio de dicho derecho; entre ellas especialmente, y además del contenido de las expresiones supuestamente ofensivas, la situación personal de quien las emitió, la difusión que les dio y los posibles perjuicios causados.

Por el contrario, es irrelevante a estos efectos que las opiniones resulten o no ciertas, "ya que encontrándonos ante el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, las opiniones o juicios de valor emitidos no se prestan -- a diferencia de lo que ocurre con la libertad de información -- a una demostración de su exactitud, no siendo exigible la prueba de la veracidad o la diligencia en su averiguación" (STC 204/1997, de 25 de noviembre). Lo que se advierte porque, si bien la recurrente recoge ésta doctrina constitucional al razonar sobre el contenido del derecho fundamental, sin embargo luego parece dar a entender que otorga importancia a la prueba de la veracidad de lo expresado, cuando sostiene que no han quedado acreditados los hechos en que se sustentan las opiniones de la trabajadora demandante.

(...) En los casos comparados las expresiones que se vertieron en uno y otro son muy similares. Sin embargo, y al margen de que, en principio y de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, no parece desacertado el juicio de ponderación que realiza la sentencia sobre lo manifestado por la actora en su carta, es lo cierto que se dan en los supuestos examinados circunstancias de singular relieve muy distintas.

(...) Son las circunstancias que acabamos de poner de manifiesto en el párrafo anterior (situación de baja médica de larga duración que persistía en la fecha de redacción y entrega de la carta, por un síndrome ansioso-depresivo que llevó a la actora a sentirse subjetivamente acosada y a focalizar sobre la responsable de Recursos Humanos los problemas causantes de su enfermedad; y la decisión de no dar publicidad a su carta mas allá de su entrega a sus legítimos representantes y a la propia persona que consideraba su acosadora, con la consiguiente ausencia de los perjuicios que puede provocar una publicidad que aquí no se produjo) las que impiden apreciar la existencia de contradicción con la sentencia de contraste, dictada en interés de ley el 20 de febrero de 1.990 (rec. 642/89), en que concurren otras muy diferentes.

(...) Esas diferentes, y relevantes, circunstancias de hecho que presentan los casos confrontados, ponen de manifiesto que no concurre entre ellos el presupuesto de la contradicción, lo que obliga a desestimar el primer motivo del recurso.

(...) Tampoco queda acreditado el presupuesto exigido por el art. 217 LPL respecto del tercer motivo, centrado en la condena relativa al pago de la indemnización por daños morales. Se denuncia en este motivo, con invocación de la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 2.000 (rcud. 362/99), que la recurrida al imponer esa condena ha infringido los artículos 55.5 y 56.6 ET en relación con los arts. 182 y 113 LPL, y ha aplicado indebidamente el art. 180.1 LPL en lo que se refiere a la reparación económica de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido.

No obstante, la recurrente después de transcribir literalmente los preceptos citados y afirmar que conforme a ellos no cabe fijar en los despidos nulos más indemnización que la correspondiente a los salarios de trámite sin ninguna otra adicional, admite que esta Sala ha reconocido en la sentencia referencial y en las que en ellas se citan la posibilidad de establecer esa indemnización adicional cuando se trata de despidos producidos con lesión de un derecho fundamental; posibilidad amparada en el art. 182 en relación con el 180.1 LPL y que, por cierto, en la actualidad está expresamente admitida en el art. 27.2 párrafo último de la LPL introducido por la Ley 3/2007.

Pero añade que en este caso no procede dicha indemnización al no haberse cumplido los requisitos que al tal fin exige la doctrina de la sentencia de 23-3-00 conforme a la cual "para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase".

(...) Ocurre, sin embargo, que es muy distinto el planteamiento de la pretensión indemnizatoria al que se enfrentan las sentencias comparadas.

(...) Tales diferencias entre uno y otro caso no permiten apreciar la existencia de esa sustancial igualdad que exige el art. 217 LPL, por lo que el tercer motivo del recurso debe ser desestimado.

La Mutua sostiene, no obstante, que las bases ofrecidas por la actora son insuficientes y no han ido acompañadas de la prueba oportuna. Pero, al margen de que en hechos probados consta, al menos, la larga enfermedad psíquica de aquella y el salario que percibía, lo que plantea la Mutua es una cuestión que no corresponde abordar en esta fase procesal de la contradicción; y que, en todo caso, por afectar directamente a la valoración de la prueba y cuestionar la que realiza la sentencia recurrida no tiene contenido casacional, de acuerdo con la doctrina unificada establecida al respecto por esta Sala. Pues hemos señalado con reiteración "que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba" (sentencia de 3 de junio de 1.992 (rec. 1380/1991) y las que en ella se citan); y que por ello "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si, de forma indirecta, se plantea como una denuncia de infracción de las reglas sobre valoración legal de la prueba o sobre los límites de las facultades de revisión fáctica de la Sala de suplicación" (ss. de 9-7-91 (rcud. 148/91), 12-11-91 (rcud. 866/91), 9-2-93 (rcud. 1496/92), 14-3-00 (rcud. 2148/99), 9-10-00, rcud. 1169/00) y 26-6-01 (rcud. 1886/00) entre otras).(...)".

2235/07

005

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 27/06/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

**Síntesis**

**DESPIDO. EMPLEADA DE HOGAR. SU CESE CONSTITUYE DESPIDO Y NO DESISTIMIENTO. SOBRE EL EMPLEADOR RECAE LA CARGA DE MANIFESTAR CON CLARIDAD CUÁL ES LA CLASE DE DECISIÓN ADOPTADA. SIN QUE, COMO SE DESPRENDE DE LA SENTENCIA RECURRIDA, QUEPA ENTENDER QUE TODO CESE SIN COMUNICACIÓN ESCRITA E INDICACIÓN DE MOTIVOS EQUIVALE MECÁNICAMENTE A UNA DIMISIÓN.**

**Doctrina:**

"(...) Censura la recurrente el derecho aplicado en la sentencia, denunciando la infracción del art. 10.1 y 2 del R. Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial alegando, en síntesis, que el cese sin motivación causal debe considerarse como un despido y que el preaviso y la puesta a disposición no son requisitos "ad solemnitatem". La cuestión ha sido resuelta por esta Sala, al menos en una sentencia, la de 5 de junio 2002 (R. 2506/01) en el sentido propugnado por la que ahora se recurre, señalando: "Una de las peculiaridades fundamentales del régimen especial que se asigna a la relación de trabajo de los empleados de hogar, radica en que su extinción, desde el punto de vista del dueño de casa, puede tener lugar: por despido del trabajador, o por desistimiento del empleador (art. 9, núms. 10 y 11); peculiaridad que se explica dado que la tarea desempeñada lleva de suyo, y por regla, una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia. Pero esa alternativa que al empresario se ofrece, y que paralelamente sufre el trabajador, en los términos que explica el art. 10, se sujeta a una exigencia igualmente sustancial: la claridad. El dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; y ello por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante

*un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos mas dilatados, que además son de prescripción.*

*..... Se parte en instancia y en suplicación de que, o se despide con comunicación escrita que indica el incumplimiento imputado, o hay que pensar que se trata de un desistimiento, salvo prueba en contrario que correspondería a la trabajadora. La alternativa carece, ante todo, de respaldo legal, porque la comunicación tanto es necesaria en el despido, para que el se pide "notificación escrita" (art. 10.1) como en el desistimiento, donde se alude cabalmente a una "comunicación de extinción" (art. 10.2). En realidad, la perspectiva que debe adoptarse es la ya expuesta con carácter general en el apartado anterior. Es decir: el desistimiento lleva consigo un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida; tales exigencias no aparecen, en la letra de la ley, como un requisito de sustancia (ad solemnitatem); pero, o bien el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente (facta concludentia). Lo que desde luego debe rechazarse, se repite, es que el empleador se limite a decir a la empleada que se marche, y que sea ésta la que tenga que adivinar qué hay tras esas palabras: un despido o un desistimiento; y además, si piensa que es un despido, probarlo suficientemente.(...)".*

4107/06

006

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 30/06/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Samp Pedro Corral

**Síntesis**

**PENSIÓN DE VIUDEDAD. REGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS (RETA). NECESIDAD DE ALTA O ASIMILACIÓN AL ALTA MEDIANTE INSCRIPCIÓN ININTERRUMPIDA COMO DEMANDANTE DE EMPLEO CUANDO NO EXISTEN QUINCE AÑOS DE COTIZACIÓN.**

**Doctrina:**

"(...) Verificada la existencia del presupuesto de contradicción es preceptivo entrar a conocer de la vulneración legal denunciada en el recurso "infracción por interpretación errónea de los arts. 124, 125, 174 y 175 LGSS Texto Refundido

aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio en relación con el art. 36.1.1 del RD 24/1996, de 16 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social."

El recurso así planteado debe ser estimado, conforme la doctrina de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia "contraria" aportada para justificar la contradicción, dictada en la Sala General de fecha 21 de marzo de 2006 (Rec. 2003/2004) (también en la misma fecha y Sala General se resolvió, con el mismo resultado, el recurso 5478/2004) a cuya doctrina ha de estarse por un elemental principio de seguridad jurídica, acorde, también, con la naturaleza y significado unificador del recurso que nos ocupa. A su tenor:

"El art. 124 de la Ley General de la Seguridad Social establece que *" las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario"*. Añade el 125.1 que *" la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba la prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta"*. Este último mandato fue desarrollado por el RD 84/1996, en cuyo art. 36 bajo el epígrafe "situaciones asimiladas a la de alta" se dispone que *"continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:*

*1º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo"*. Es esta última una exigencia legal que esta Sala ha mitigado en aquellos supuestos en los que la inscripción en la oficina de

empleo estaba carente de todo sentido al ser más que evidente que el trabajador no podía prestar servicios. Así nuestra sentencia de 26 de enero de 1998 (Recurso 2460/1997), recordada en la de 17 septiembre 2004 (recurso 4551/2003) exponía la doctrina unificada en los siguientes términos: «la jurisprudencia de esta Sala ha atenuado la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, en relación especialmente con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección».

«Esta línea jurisprudencial, iniciada ya con anterioridad a la casación unificadora –entre otras, SSTS/Social 4 abril 1974 , 2 julio 1974, 6 marzo 1978, 27 octubre 1979, 14 abril 1980, 24 junio 1982, 11 diciembre 1986, 15 diciembre 1986, 2 febrero 1987, 21 marzo 1988, 12 julio 1988, y 13 septiembre 1988 )–, ha tenido fiel reflejo en ésta, así, sobre la incapacidad permanente, entre otras muchas, en la Sentencia de 26 enero 1998 (Recurso 1385/1997), y en lo relativo a las prestaciones por muerte y supervivencia, entre otras, en las de 19 diciembre 1996 (Recurso 1159/1996) –con doctrina seguida en las de 19 noviembre 1997 (Recurso 1194/1997) y 12 marzo 1998 (Recurso 2307/1997)–, estimándose, en general, que si concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido».

Pero esta interpretación no podemos llevarla a la anulación de un requisito legal que incluso ha sido resaltado en el Real Decreto más arriba citado y no puede aplicarse al presente supuesto en el que no se hace afirmación alguna en los hechos probados de los que pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la continuada inscripción en la oficina de empleo."

4225/07

007

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 10/07/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan

### Síntesis

**INCAPACIDAD TEMPORAL EN REGIMEN ESPECIAL AGRARIO. REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE CUOTAS, ES EXIGIBLE AUNQUE SE TRATE DE UN SOLO MES, SALVO SUPUESTOS EXCEPCIONALES QUE NO CONCURREN EN EL CASO.**

### Doctrina:

"(...) Denuncia el INSS que la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea los arts. 5.3 y 12 del RD 2123/71 y 42 y 46,2 del RD 3772/72 ya que, conforme a ellos, la actora carece del derecho a la prestación que le ha sido reconocida.

La cuestión planteada, relativa a la prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social cuando existen descubiertos en el pago de las cotizaciones ha sido resuelta reiteradamente por esta Sala (ss. de 5-12- 97 (rec. 105/97), 19-5-04 (rcud. 1370/03) que ha sido citada como referencial, 9-6-06 (rcud. 4782/04) y 2-10-07 (rcud. 3568/06) entre otras muchas) estableciendo una doctrina unificada que se ha mantenido inalterada a lo largo de mas de 20 años.

De acuerdo con dicha doctrina para la prestación de incapacidad temporal hay que aplicar lo que dispone en el art. 12 del Decreto 2123/1971, de 23 de Julio, que aprobó el Texto Refundido de las Leyes reguladoras del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y en el art. 46.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de Diciembre, de tal modo que no podrán obtener el derecho a percibir tales prestaciones "los trabajadores inscritos en el censo (del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social) que no se encuentren al día en el pago de las cuotas"; sin que esta conclusión pueda resultar alterada por el pago de cuotas realizado fuera de plazo, por cuanto que de lo que se expresa en los arts. 12 y 16 del citado Texto Refundido y en los arts. 46.2 y 48 del Decreto 3772/1972, se deduce que tal clase de pago no subsana ni elimina el defecto o vicio indicado, pues entre los efectos que tales preceptos

atribuyen al ingreso fuera de plazo de las cotizaciones adeudadas no se comprende tal subsanación.

Previsiones legales que son aplicables a todos los supuestos de descubiertos de cuotas en el momento del hecho causante, incluso cuando se hayan abonado luego o cuando el descubierta se limite a un solo mes; salvo que concurren circunstancias excepcionales, como que la omisión se haya debido a error bancario y no a la conducta del asegurado, que aquí no concurren. Interpretación que se apoya en el dato normativo de que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las pensiones, la ley no ha previsto para la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta ajena "plazo" para ponerse al corriente de cuotas atrasadas o "excepción" de tal requisito.

(...) La sentencia ahora recurrida no ignora la doctrina unificada expuesta sino que la cita expresamente, pero sin embargo desestima el recurso del INSS con apoyo en la sentencia de esta Sala de 20-11-97 (rcud. 775/97) que reconoció una prestación de S. Social pese al descubierta de cotización. Pero dicha doctrina no es aplicable al caso puesto que se estableció para las prestaciones que exigen una carencia larga, en aquel caso una de invalidez permanente, y advirtiendo expresamente que "la pérdida de la prestación si no se esta al corriente en el pago de las cuotas, tiene muy distinto alcance, según sea la prestación, pues no es lo mismo que esta afecte al subsidio por incapacidad temporal, o que afecte a una prestación por invalidez permanente, por ello la jurisprudencia de esta Sala con respecto a la primera de las prestaciones citadas debe ser acomodada en el segundo supuesto a efecto de armonizar la protección del beneficiario y la efectividad del abono de las cuotas". (...).

2277/07

008

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 18/07/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Ramón Martínez Garrido

### Síntesis

ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

#### Doctrina:

"(...) Ciertamente que, aunque la secuencia de los hechos contemplados en ambas sentencias es de gran semejanza, aparecen algunas diferencias, debiendo decidir si son de tal relevancia que puedan ser determinantes de los pronunciamientos contradictorios que se han realizado.

La base de la absolución de la empresa demandada por la Sala asturiana, ha sido la falta de infracción de las normas de seguridad, imputando al trabajador la carga de acreditar la deficiencia. Pero es lo cierto que la falta de las medidas de seguridad aparece en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, en afirmaciones, con indudable valor de hecho probado, que no fueron atacadas en suplicación: en el plan de evaluación de riesgos se recogía la necesidad de una serie de medidas cuya adopción hubiera evitado la producción del siniestro, no obstante lo cual la empresa no observó ninguna de las recomendaciones que se le hacían. Y siendo así, es evidente la existencia de contradicción con la invocada de contraste. La igualdad sustancial que el art. 217 de la Ley procesal establece, como necesaria para que pueda apreciarse el presupuesto procesal de la contradicción, no debe interpretarse con un rigor tal que impida el acceso al recurso de temas tan importantes como el presente, cuando existe la necesaria paridad en los hechos. De exigirse una identidad absoluta la contradicción sería prácticamente imposible en estos supuestos. Pero el legislador no impuso esa identidad absoluta, sino sustancial, y por tal hemos de entender la identidad en lo que constituye la esencia, lo importante, básico y trascendente de los hechos a efectos de sus consecuencias jurídicas. En el supuesto que hoy

nos ocupa comparamos accidentes de muy semejantes hechos en los que, esencialmente, la causa del accidente fue la misma: la ausencia de medidas –previstas en el plan de evaluación de riesgos- necesarias y suficientes para haberlo evitado.

En consecuencia, apreciado el cumplimiento de este presupuesto previo del recurso deberemos pronunciarnos sobre la doctrina unificada.

(...) Denuncia el recurrente la infracción de los art. 1101 y 1902 del Código civil, 3 y 19 del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

La responsabilidad de la empresa deriva en el presente supuesto de culpa contractual. La obligación de seguridad es una de las obligaciones del empresario en el contrato de trabajo apareciendo especialmente impuesta en los art. 5.d y 19 del Estatuto de los Trabajadores, y mas genérica e intensamente en el art. 14 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y esta obligación general de diligencia es evidente que se incumplió en el presente supuesto en el que no se adoptaron las medidas que el propio plan de prevención de riesgos se recomendaba. Entra así el juego del art. 1101 del Código civil que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incumplieran de cualquier modo el tenor de las mismas. No se trata en el presente supuesto de un caso de responsabilidad objetiva, sino específico de responsabilidad derivada de un acto culposo del empresario que incumplió los deberes de protección inherentes al contrato.(...).

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/07/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

**Síntesis**

**Despido. Fijación de un plazo para la reincorporación inferior al legal de 3 días (art. 276 LPL) de readmisión. No determina la readmisión irregular, sino únicamente que se tenga por no fijado el plazo y se aplique el mínimo legal. Desestimación del recurso.**

**Doctrina:**

"(...) La readmisión se condiciona por la ley al cumplimiento de un serie de exigencias, cuyo desconocimiento determina bien que se considere incumplido el mandato de la sentencia o que la readmisión se califique como irregular, lo que producirá, a su vez, el efecto que para el incumplimiento del mandato de readmisión establece el artículo 279.2 de la Ley de Procedimiento Laboral: extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización legal, calculada al día de la declaración extintiva, más los salarios de tramitación devengados, con una posible indemnización adicional de carácter punitivo.

La sanción del incumplimiento empresarial se convierte así en una ejecución limitada por equivalente económico, con sustitución de la obligación de readmisión impuesta por la sentencia por el abono de una indemnización en el importe legal, que tampoco responde a una evaluación de los daños y perjuicios reales derivados de la no readmisión. Se trata de una sanción imperfecta en la medida en que no impone la nulidad de la conducta empresarial de resistencia a la orden judicial ni la ejecución forzosa de ésta, como ocurre en los despidos con protección superior del artículo 280 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los que la condena a la readmisión se establece de forma más enérgica. El carácter imperfecto de esta sanción resalta incluso cuando se compara con las previsiones generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la ejecución de las obligaciones de hacer (artículo 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pues bien, el marco de esa sanción imperfecta queda referido a los supuestos de no readmisión o de readmisión irregular. La no readmisión se produce cuando la obligación impuesta en la sentencia no se lleva a cabo en el plazo de diez días que fija el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral y la readmisión es irregular cuando no tiene lugar en las condiciones establecidas por la sentencia. Por ello, el plazo es esencial para enjuiciar la conducta empresarial en orden a la readmisión y así lo ha señalado esta Sala en sus sentencias de 23 de noviembre de 1998 y 15 de marzo de 2004, de modo que "si la comunicación de readmisión se lleva a cabo después del referido plazo de diez días, se produzca o no la reincorporación del trabajador, dicha forma de ejecución del mandato de la sentencia deviene en extemporánea, por lo que... esa decisión de la empresa equivale a una readmisión irregular al no haberse llevado a cabo con los requisitos legalmente previstos para ello" y, como dice la sentencia de 23 de noviembre de 2004, es lógico que así sea, pues "en otro caso se prolongaría lo

antijurídico, que supone el acto ilícito del despido improcedente, en perjuicio de los derechos del trabajador".

El plazo de diez días del artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral establece a partir de qué momento se produce la falta de readmisión, dando así seguridad al supuesto legal del que parte la norma de ejecución. Pero, como señala con acierto la sentencia recurrida, no sucede lo mismo con el plazo no inferior a 3 días, que el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral señala para que el trabajador se incorpore. Este es un plazo que ya no afecta a la oferta de readmisión, pues ésta ya está acordada; es un plazo que cumple otra finalidad: la de conceder un tiempo suficiente al trabajador para incorporarse al trabajo, de manera que pueda dilatar esa reincorporación durante un mínimo de tres días por razones de conveniencia o comodidad. Se trata de un plazo que amplía el margen del trabajador para reincorporarse. La finalidad de esta norma es, por tanto, completamente distinta de la que determina el establecimiento del plazo para readmitir del empresario. Por ello, no debe darse al plazo mínimo de reincorporación el mismo tratamiento que, en el orden sancionador, se le da al incumplimiento del plazo para readmitir. La protección de la finalidad de la norma y del interés del trabajador protegido por ella se logra mejor aplicando la sanción general -más perfecta- del artículo 6.3 del Código Civil, de acuerdo con el cual los actos contrarios a las normas imperativas son nulos de pleno derecho, salvo que la ley establezca un efecto distinto, lo que, como se ha razonado, aquí no sucede. La nulidad implica que el plazo inferior se tenga por no puesto y que el trabajador pueda incorporarse en el plazo legal sin que ello determine sanción disciplinaria alguna."



## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 24/07/2008

Ponente: Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

## Síntesis

IMPUGNACIÓN CONVENIO COLECTIVO. LIBERTAD SINDICAL. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIO. SINDICATO NO LLAMADO A PARTICIPAR EN LA NEGOCIACIÓN. INTERPRETACION DEL ART. 87.5 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. LA LEGITIMACION PARA FORMAR PARTE DE LA COMISION NEGOCIADORA NO INCLUYE EL DERECHO DE SER LLAMADOS EXPRESAMENTE PARA FORMAR PARTE DE DICHA COMISION, CUANDO SU CONSTITUCION Y FUNCIONAMIENTO SON CONOCIDOS POR TODOS LOS INTERESADOS. NO SE APRECIA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL.

## Doctrina:

"(...) La sentencia de instancia basa su resolución desestimatoria en una anterior de la propia Sala, confirmada por la de este Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 (rec. 5037/1997, que señala: "" 1.- En su segundo motivo de recurso denuncia la recurrente al amparo del art. 205 e) de la Ley Procesal la infracción por no aplicación por la sentencia de instancia de los artículos 87.4, 87.5, 88.1 en relación con el art. 83.3, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, en su relación con lo prescrito por el art. 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en base a lo dispuesto por el artículo 28.1 de la Constitución.

Lo que la sindical recurrente sostiene, es que, partiendo de su condición acreditada de Sindicato más representativo, estaba legalmente legitimada para formar parte de la Comisión Negociadora del ASEC, a pesar de lo cual no fue convocada en ningún momento para formar parte de la misma ni en el momento de su constitución ni en ningún otro, de donde deduce que dicha Comisión estuvo defectuosamente constituida, con lo que la misma y el Acuerdo al que se llegó, devendrían nulos por haberse infringido las exigencias del procedimiento negociador. Sostiene al efecto que su derecho a participar incluía el derecho a ser convocada y el que no lo fuera constituyó un atentado a su derecho a la negociación colectiva, integrante a su vez del contenido esencial de su derecho a la libertad sindical.

2.- Para dar solución a esta pretensión revisora del derecho aplicado en la sentencia es preciso partir de la realidad de dos afirmaciones fácticas fundamentales, en las que estuvieron de acuerdo todas las partes, y fueron a su vez tomadas como punto de partida por la sentencia recurrida; a saber: a) Que, en efecto, la recurrente tiene la condición de Sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma; y b) Que no fue convocado expresamente ni para la constitución ni para formar parte en ningún momento de la Comisión negociadora. A partir de tales afirmaciones la discrepancia entre la recurrente y las demás partes radica en que, mientras aquella sostiene que el hecho de tener legitimación negociadora obliga a las demás partes a convocarla expresamente para la negociación, la sentencia y el resto de las partes interesadas consideran que el derecho a participar en la negociación sólo le da derecho a no ser rechazada, si ella solicita participar, pero no comprende la necesidad del llamamiento expreso. Se trata por lo tanto, de decidir si el derecho reconocido en el artículo 88.1 del Estatuto a formar parte de una Comisión Negociadora lleva implícito el derecho a ser llamados a formar parte de la Comisión Negociadora y, en consecuencia, constituye una obligación del

resto de los legitimados la de efectuar aquel llamamiento o convocatoria.

3.- Tal concreta cuestión no aparece resuelta directamente en el texto estatutario en el que en relación con los comienzos del procedimiento negociador se limita a señalar la obligación por parte del promotor de la misma de comunicarla a la otra parte -artículo 89.1- en donde claramente se habla de parte promotora y de parte receptora para referirse a lo que son las partes enfrentadas en la negociación, entendiéndose por una parte el "banco social" y por otra el "banco económico o patronal", pero sin que en el mismo se contemple ni pueda derivarse de tal disposición legal la necesidad de que el promotor dirija su oferta a quienes hayan de integrarse en su misma parte, banco o a la negociadora. El mismo precepto dispone la constitución de la Comisión Negociadora en el plazo de un mes, pero nada dice respecto de cómo ha de hacerse la convocatoria ni a quién hay que convocar. Por su parte, el artículo 87.5 dispone que "todo sindicato, federación o confederación sindical y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora", y el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones, en concreto en las sentencias 73/1984, de 27 de junio, 187/1987, de 24 de noviembre y 184/1991 de 30 de septiembre, lo que ha mantenido en defensa del acceso efectivo a la contratación colectiva por parte de los sindicatos legitimados para ella es la inconstitucionalidad por contraria al derecho a la negociación colectiva y al derecho de libertad sindical de cualquier actividad o decisión consistente en que "los poderes públicos, la organización empresarial, el empresario y otros sindicatos rechazan arbitrariamente la participación en un proceso de negociación colectiva de un sindicato legalmente legitimado para ello". De todo ello se desprende que el derecho a participar en la negociación se configura como un derecho subjetivo a formar parte de la Comisión Negociadora que incluye el derecho a no ser rechazado si se pretende esa participación, pero no el derecho a ser llamado en tanto en cuanto si el legislador hubiera querido que ese fuera su contenido habría tenido que establecer quién de los participantes en la negociación debía de hacer ese llamamiento y cómo, nada de lo cual se ha producido; ello aparte de que la obligación del llamamiento expreso podría considerarse una carga desproporcionada para quienes, a la postre, no tienen reconocido más que un derecho idéntico a quien pretende ser llamado, que no es otro que el derecho a participar sin más.

4.- Pero entre el derecho a ser llamado expresamente que el recurrente invoca y el rechazo de esa participación negociadora de quien resulta legitimado, existe una tercera vía interpretativa que consiste en entender que el indicado derecho queda suficientemente garantizado cuando en autos quede acreditado

que todos los interesados han tenido conocimiento de dicha negociación, lo que constituirá objeto de apreciación en cada caso, puesto que la falta de ese requisito equivaldría a una forma tácita de hacer ineficaz aquel derecho. Siendo esta tercera vía la mantenida por la Sala de instancia y la que esta Sala considera más adecuada a la normativa vigente al respecto.

5.- De acuerdo con ello, el problema en estos autos se concreto en apreciar si el recurrente tuvo o no el suficiente conocimiento de la existencia de la negociación del ASEC que le permitiera ejercitar su derecho, y la conclusión a la que ha de llegarse al respecto no puede ser otra que la de que sí que tuvo ese conocimiento básico y garantista por las siguientes razones: en primer lugar porque con anterioridad al inicio del proceso negociador fue convocado a una reunión intersindical dirigida a preparar junto con UGT y CC.OO. la plataforma negociadora; en segundo lugar porque la existencia de un Registro Central de Convenios Colectivos en el que se publican los escritos de promoción negociadora de conformidad con lo previsto en el artículo 2.º.a) del Real Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, constituye un elemento de publicidad importante para sostener aquel conocimiento necesario; y en última instancia porque en los autos aparecen suficientes documentos (recortes de prensa) acreditativos de que la existencia de aquella negociación era conocida por cualquiera que tuviera interés por los temas sindicales, cual ocurre con la sindical demandante.

Por lo tanto, siendo cierto que la Confederación Intersindical Gallega no fue convocada para la negociación del Convenio no es menos cierto que fue convocada a una pre-negociación a la que no acudió, y que tenía conocimiento cierto de esa negociación, por lo que no solo no puede afirmar que se le impidiera participar en ella, sino que lo cierto es que existen razones para afirmar que si lo hubiera solicitado hubiera participado y que si no lo solicitó fue porque no le interesó o no quiso. Por lo tanto no puede fundar un atentado a su derecho a negociar en un defecto de convocatoria cuando éste no es preceptivo, y cuando fue su propio comportamiento o la no actuación de la necesaria diligencia por su parte la que determinó que su derecho a participar no se tradujera en acto. De aquí que deba de rechazarse el motivo del recurso que estudiamos”.

(...) Aplicada la doctrina antes expuesta, al supuesto enjuiciado, observamos que no se acredita que “la otra parte” a que se refiere el art. 89.1 ET (en donde se habla de parte promotora y parte receptora, para referirse a las partes enfrentadas en la negociación), sea la empresa, es decir el “banco económico

patronal”, supuesto en el que cabría considerar que la misma estaba obligada a comunicar a las Secciones Sindicales de USO, entre otras, la convocatoria para iniciar las negociaciones, como señala las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 9 de abril de 2003 (rec. 109/2002) y 20 de septiembre de 2006 (rec. 40/2005).

A mayor abundamiento, en el presente caso, por el Comité de empresa de Tenerife, en el cual USO tiene 8 representantes, en fecha 15/11/2006 se remitió al director de recursos humanos y a la responsable de relaciones laborales de la empresa una comunicación en los términos transcritos en el relato fáctico de instancia (HP.5º) que damos aquí por reproducido, ha de extraerse la conclusión de que el Sindicato demandante tuvo conocimiento del inicio de la negociación del futuro convenio, y de que pudo asistir a la misma, si hubiere sido de su interés, por lo que su inasistencia se debió a un acto propio del que no puede derivar responsabilidad de tercero. Es más, de la referido comunicación de fecha 15/11/2006 no solo evidencia el conocimiento previo de la convocatoria, sino también la disconformidad con la misma.

Así, y desde la perspectiva de tal situación fáctica, y aún desconociéndose quien sea la parte promotora de la negociación, el recurso ha de desestimarse, pues no cabe apreciar una vulneración de los derechos de libertad sindical del Sindicato que habiendo tenido conocimiento cierto de la convocatoria inicial para la constitución de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo decidió libremente no concurrir a la misma. Por ello ninguna infracción se produjo en la sentencia recurrida de los artículos cuya violación se denuncia, los artículos 87.1 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, referidos a la legitimación para negociar y a la composición de la mesa negociadora en los convenios colectivos, ni es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional que se cita en el recurso, establecida para situaciones en las que el apartamiento o la exclusión de determinadas reuniones de un Sindicato se producen por causas no imputables al mismo, situación que, como se ha visto, en modo alguno concurre en el presente caso. Por otro lado, el problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podría surgir cuando existiera un conflicto entre éstos sobre su intervención en la negociación colectiva, pero no cuando no existe discrepancia en este punto y cuando además la actuación del sindicato no sólo tiene el refrendo de los trabajadores, sino que además facilita la negociación en el plano instrumental.”.

1010/07

011

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 28/07/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

### Síntesis

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE CLAUSULA DE RENDIMIENTO PACTADO (ARTICULO 49.1 b) del ET. SE APRECIA FALTA DE CONTRADICCION,

### Doctrina:

(...) El recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la referida sentencia lo plantea ahora el trabajador,

denunciando la infracción del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en fecha 30 de diciembre de 2.005.

Sin embargo, como va a verse enseguida y se afirmó en el auto de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2.007 (recurso 3635/2006) en el que se invocó, en un despido prácticamente igual y de la misma empresa, esta misma sentencia de contrate, no existe entre ella y la recurrida la necesaria identidad sustancial de hechos y fundamentos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En esta sentencia de la Sala de la Rioja se trataba de una trabajadora de la misma empresa, con idénticas cláusulas de rendimiento, que también fue despedida por no cumplir los objetivos fijados. Después de analizar el contenido de aquéllas, se llega a la conclusión de que en ese caso son abusivas, puesto que, partiendo de los elementos de hecho fijados en la instancia, esa trabajadora *"... desde el 8 de octubre de 2004, en que realizó la venta de un apartamento que resultó anulada, hasta el 6 de junio de 2005, fecha en la que se le comunicó la extinción de su relación laboral, no realizó ninguna venta, ni conseguida ni anulada, y que su compañera D<sup>a</sup> Nieves Herrero Sobrón, que es la trabajadora con la que la empresa plantea la comparación de resultados, entre el 26 de marzo de 2005 y el 4 de agosto de 2005, realizó dos ventas conseguidas y cuatro anuladas. De tales datos fácilmente se colige el carácter abusivo de la cláusula que exige a los trabajadores una venta mínima al mes de dos viviendas, apartamentos o locales, además de dos paquetes de turismo de siete días por mes, en una comunidad autónoma, como la de La Rioja, con un reducido número de potenciales clientes y tan alejada respecto de los inmuebles en venta, por lo que no parece razonable el rendimiento pactado. Y así se deduce también del término comparativo ofrecido por la empresa, pues el rendimiento de la otra trabajadora, aunque superior al de la actora, resulta muy inferior al establecido como mínimo en la cláusula contractual de referencia que autoriza a la empresa la rescisión del contrato"*.

De lo dicho cabe deducir que, aunque en el caso de la sentencia recurrida y en la de contraste se trata de la misma empresa y se analizan cláusulas iguales, los elementos de hecho que condujeron a soluciones contrarias fueron también distintos. Así, en la sentencia recurrida se trata de un trabajador que no llevó a cabo ninguna venta a lo largo de toda la duración del contrato de trabajo, apareciendo que en el centro de trabajo de Vigo-Orense, en el que prestaban servicios ocho comerciales, solo tres, entre ellos el actor, no consiguieron realizar venta alguna, razón por la que fueron rescindidos sus contratos de trabajo, valorándose también el hecho -que no consta en la de contraste- de que la empresa facilitaba el trabajo a los vendedores proporcionando viajes gratuitos a los potenciales clientes. De ello se concluye que las cláusulas discutidas no pueden ser consideradas abusivas y por ello la extinción acordada se valoró como ajustada a derecho en la sentencia recurrida.

Por el contrario, en el caso de la sentencia de la Sala de la Rioja, la trabajadora demandante realizó una venta, aunque luego fue anulada, y la compañera con la que se efectúa la comparación (una sola persona) consta que únicamente realizó dos ventas efectivas en un periodo de 5 meses y cuatro anuladas. Pero lo relevante en orden a las diferencias existentes y lo que llevó a la sentencia de contraste a la decisión de entender en ese caso abusivas las cláusulas analizadas era que, como antes se dijo, la Comunidad de la Rioja reunía dos características que dificultaban la obtención de los objetivos fijados, como era la poca población valorable como posibles clientes (cifras oficiales la fijan en 308.968 habitantes) y la

lejanía con el lugar en que se encontraban los inmuebles a vender. Aunque ésta última circunstancia no es relevante en este caso, dada la lejanía de la Comunidad de Galicia, só lo es la primera, referida al número potencial de posibles compradores, elemento de hecho factores de hecho que, junto con los anteriormente descritos, no concurre en la sentencia recurrida y fueron las que llevaron a la Sala de la Rioja a afirmar que en ese caso las discutidas cláusulas eran abusivas.

Por ello, al no concurrir las identidades exigidas por el referido artículo 217 LPL, el recurso debió ser inadmitido en su día por falta de contradicción entre las sentencias analizadas, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe.

(...) A lo anterior debe añadirse que el Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo analizó un caso prácticamente idéntico al que se resolvió en la resolución recurrida en la sentencia dictada el 30 de octubre de 2007 (rec. 220/2006) y llegó a la conclusión de que las sentencias comparadas tampoco eran contradictorias, pues, al margen de diferencias en orden a distintos elementos subjetivos u objetivos que concurren en estos casos y que antes se han descrito, se añade que esa dificultad de que concorra en casos como éste la identidad sustancial de situaciones, lo mismo que en el despido disciplinario, pues como se ha dicho reiteradamente por esta Sala, el recurso de casación para la unificación de doctrina *"... no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación."*(,,)



**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 17/09/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

**Síntesis****SEGURIDAD SOCIAL. VIUDEDAD DE DIVORCIADA: LA PROPORCIONALIDAD CON EL TIEMPO DE VIGENCIA DEL MATRIMONIO, TAMBIEN SE APLICA AL COMPLEMENTO POR MINIMOS.****Doctrina:**

"(...) La cuestión planteada en el presente recurso para unificación de doctrina se reduce a determinar: cual debe ser la cuantía del complemento por mínimos que debe cobrar el cónyuge, separado o divorciado del causante, que es beneficiario único de la pensión, al no concurrir con otro consorte del causante. La sentencia recurrida, dictada el día 23 de enero de 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación nº 4023/03, ha estimado que el interesado en esos casos tiene derecho a percibir el cien por cien de ese complemento, al tener derecho a la pensión mínima por viudedad vigente en cada momento, ya que, el citado complemento tiene el carácter de prestación no contributiva y la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia de 27 de septiembre de 1.994 sólo es aplicable cuando concurren dos o más cónyuges, pero no cuando sólo existe uno. Por contra, la sentencia de contraste, dictada por esta Sala el 20 de mayo de 2002 (Rec. 4181/01), con base, precisamente, en la sentencia de 27 de septiembre de 1.994, antes citada, ha estimado que la cuantía del complemento por mínimos debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante y abonarse en igual porcentaje que la pensión de viudedad en los supuestos en que sólo existe un beneficiario de la misma. Es evidente que las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 217 de la L.P.L. para la viabilidad del recurso que nos ocupa, por cuánto han resuelto de forma diferente una cuestión sustancialmente idéntica, ya que, eran iguales los hechos, los fundamentos y la pretensión examinada en cada caso. Procede, pues, entrar a conocer del fondo del

recurso interpuesto por el I.N.S.S. y a unificar las doctrinas contradictorias contenidas en las sentencias comparadas.

El recurso alega la infracción del artículo 174-2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 45 de la Ley 23/2001, de Presupuestos Generales del Estado y con los artículos 4 y 5 y Disposición Adicional 13 del R.D. 1464/2001, al estimar que el complemento por mínimos de la pensión de viudedad del cónyuge separado o divorciado que es beneficiario único de la pensión debe cobrarse en proporción al tiempo de convivencia con el causante, esto es en igual porcentaje que la pensión. El recurso debe prosperar porque la cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de contraste y en las de 9 de diciembre de 2002 (Rec. 162/02) y 31 de mayo de 2005 (Rec. 2455/04). Tal solución se ha fundado en que la norma no reconoce varias pensiones de viudedad, sino una sola que se reparte proporcionalmente en la forma que en ella se determina, reparto que afecta, igualmente, al complemento por mínimos que forma parte integrante de una pensión contributiva, aunque su devengo se vincule a la falta de ingresos. No existen razones que justifiquen un cambio de esa doctrina que se reitera, ya que, es acorde con el espíritu que informa la normativa aplicable, pues, si el legislador hubiese querido otra cosa, lo habría dicho y habría reconocido una pensión a cada consorte del causante, siendo lo cierto que sólo ha reconocido una pensión a repartir entre quienes sean o hayan sido cónyuges del causante, sin que las normas que regulan el complemento por mínimos dispongan otra cosa con respecto a ese complemento que forma parte de la pensión. Por contra, en la normativa que regula el régimen de clases pasivas se establece un criterio de reparto del complemento que es acorde con lo aquí resuelto."

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 18/09/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Victor Fuentes López

**Síntesis****DOBLE ESCALA SALARIAL. DISCRIMINACION. EXISTE CUANDO SE ESTABLECE EN CONVENIO COLECTIVO, QUE EL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD SE PERCIBIRA EN FUNCION DE QUE ANTES DE UNA DETERMINADA FECHA, YA SE PERCIBIERA EL MISMO.****Doctrina:**

"(...) La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es el relativo a la determinación del sistema conforme al cual devengara la actora el

complemento de antigüedad, habida cuenta de que en los Convenios Colectivos de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería para los años 2000 a 2006 de aplicación, se regulan dos sistemas diferentes.

(...) No cabe duda que existe contradicción entre las dos sentencias confrontadas, cumpliéndose así la exigencia que impone el art. 217 de la LPL.

(...) En cuanto al fondo en el recurso se denuncia infracción del art. 9 del Convenio Colectivo de Manipulado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería del año 2000 y 2003, art. 25-1 del E.T. en relación con el art. 14 C.E y 17 del E.T, que reconoce el derecho a no sufrir discriminación en el empleo y materia retributiva por ninguna condición personal o social, todo ello según la interpretación establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional de 4-03-2004, alegando, que el art. 9 del Convenio Colectivo establece una doble escala salarial para el futuro respecto al complemento de antigüedad, de modo que por el simple hecho de haber adquirido la condición de fijo en la empresa antes del 31-12-1999 (solo los fijos tenían derecho al complemento) vendrían en el futuro a percibir el complemento en cuantía distinta a otros trabajadores a los que la empresa les reconozca la antigüedad, por cualquier medio, a partir de 31-12-1999, cuya cuantía era inferior, y ello con independencia de que estos trabajadores cuya fijeza en la empresa se hubiese declarado con posterioridad, y a la fecha dicha ya vinieran prestando servicios con anterioridad a la misma.

(...) La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala en dos sentencias de 17-07-2008 (R-4315/07) y (R-4321/07), en supuestos idénticos y con la misma sentencia de contraste. En la última de ellas, después de hacer referencia a otras sentencias de la Sala como las de, 3-10-2000 (R-4611/99); 14-05; 17-06; 25-07; 29-09 (R-1254,1253,1281,1283, todos del 2001); 7-03-03 (R-36/02); 21-01-04 (R-94/03); 23-03-05 (R-2/04), 20-04-05 (R-51/04) y 6-11-07 (R-2809/06), en relación con el complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso en la empresa, y si ello implica discriminación, por desigualdad de trato se transcribían, los razonamientos de la sentencia de esta Sala de 6-11-2007, que literalmente decía:

"El artículo 14 de la Constitución no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización en la empresa, puede libremente disponer la

retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulnerador del principio de igualdad. El convenio colectivo, aunque ciertamente ha de respetar las exigencias indeclinables del derecho de igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues el ámbito de las relaciones privadas en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad. Pero también es cierto que el convenio colectivo, como fuente reguladora de la relación laboral, según el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, tiene que someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la ley y de los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales y, en concreto, le está vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas.

Aunque el convenio colectivo está facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, cuando se trata de la retribución del trabajo no caben las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación.

La sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2000 ya había declarado que establecer una diferencia de retribución por razón tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación, rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, quiebra al el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad, y en el mismo sentido se había pronunciado la sentencia de 22 de enero de 1996".

3804/07

014

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 19/09/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

### Síntesis

**SEGURIDAD SOCIAL. NO EXISTE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL PARA EL ABONO DE UNA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL QUE HA SIDO RECONOCIDA A UN TRABAJADOR DESDE EL MOMENTO EN QUE SE HA PRODUCIDO LA EXTINCIÓN NO SOLO DEL CONTRATO DE RELEVO DEL TRABAJADOR QUE SUSTITUÍA SINO TAMBIÉN EL DE AQUEL COMO CONSECUENCIA DE LA APROBACIÓN DE UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO.**

### Doctrina:

"(...) Recurre el INSS, invocando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 12 de abril de 2005. Como ya dijimos en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2008 (Rec. 1900/2007) en la que resolvía la misma cuestión pero referida a otro trabajador de la misma empresa, la sentencia referencial citada contempla unos hechos

substancialmente iguales a los que son objeto de la sentencia recurrida, por lo que existe entre ambas resoluciones el requisito de identidad en los términos exigidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pues en ella se parte también de la interpretación literal del mismo precepto, pero se entiende que la responsabilidad empresarial debe exigirse en todos los supuestos en que se produce la extinción del contrato de relevo y que la obligación del INSS de asumir el abono de

prestación por jubilación solo se produce en cuanto se mantenga cubierto el puesto de trabajo del jubilado parcial mediante un contrato de relevo, siendo irrelevante que, al igual que en la sentencia recurrida, la extinción de los contratos hubiese alcanzado a la totalidad de los empleados de la empresa. Se trata entonces de soluciones opuestas ante la misma situación jurídica lo que exige que esta Sala -artículo 226 LPL- proceda a unificar la doctrina señalando aquella que resulte ajustada a derecho.

El INSS denuncia en su recurso la infracción de la Disposición Adicional Segunda, aparato 1 y 4 del RD. 1131/2002, de 31 de octubre.

La cuestión estriba en decidir si existe o no responsabilidad de la empresa en el pago de la pensión de jubilación parcial cuando, extinguidos todos los contratos de la plantilla -incluidos los del relevista y del jubilado parcial- por inclusión en un ERE autorizado, no se llegó a concertar ningún otro contrato de relevo por imposibilidad, al dejar de existir la empresa.

Dicha cuestión ha sido unificada por esta Sala en la sentencia de 29 de mayo de 2008 (Rec. 1900/07), con doctrina que reitera la de 23 de junio de 2008 (Rec. 2335/07) en los siguientes términos: *"La entidad recurrente no denuncia la infracción del artículo 16 del Real Decreto 1131/2002, que se refiere a la extinción de la pensión de jubilación parcial, probablemente porque admite que no existe causa para tal extinción, desde el momento en que la letra d) del mismo permite el mantenimiento de la prestación aunque se extinga el contrato de trabajo a tiempo parcial, como ocurrió en este caso, realizado por el jubilado parcial cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, que se declara compatible con la jubilación parcial, salvo los supuestos de despido improcedente, situaciones en las que "se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de este Real Decreto"*.

*La clave entonces para la solución del conflicto interpretativo se ha de extraer de la repetida Disposición Adicional Segunda, referida a la exigencia para las empresas de mantenimiento de los contratos de relevo y de jubilación parcial, en cuyo número 1º se establece que "si durante la vigencia del contrato de*

*relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada"*.

*En este caso es manifiesto que se produjo la extinción del contrato del relevista antes de que el trabajador sustituido alcanzase la edad de jubilación ordinaria, pero lo cierto es que tal situación no ocurrió durante la vigencia del contrato de relevo, lo que determina que, por un lado, no fuese exigible a la empresa, puesto que el cierre de la misma lo hacía imposible, la contratación de otro relevista, y por otra parte, la íntima vinculación que necesariamente existe entre los dos contratos deja de existir cuando ambos desaparecen, manteniéndose sólo la situación de jubilación parcial más las prestaciones por desempleo.*

*Esa imposibilidad de llevar a cabo la exigencia de la contratación del relevista por desaparición de los dos contratos impide la aplicación del número 4 de la repetida Adicional, de evidente contenido sancionador o antifraude, en la que se previene que "en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada". Como se ha dicho, no hay incumplimiento empresarial encuadrable en la norma y por ello no le ha de ser imputado el pago de la pensión de jubilación parcial, tal y como, por otra parte mantuvimos en nuestra anterior sentencia de 29 de mayo de 2008 (Rec. 1900/2007), con arreglo a la que solo cabe extraer esas consecuencias cuando en alguna de las maneras previstas específicamente en la norma exista la obligación de llevar a cabo esa contratación"*.

De esta manera se resuelve el problema aquí planteado en forma contraria a la explicada en la sentencia de contraste, cuyos muy razonados argumentos sin embargo no se comparten."

4518/06

015

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 22/09/2008

Ponente: Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

### Síntesis

**DESPIDO. EUREST COLECTIVIDADES S.A.. CONTRATAS DE RESTAURACIÓN EN HOSPITALES. NO ASUNCIÓN DEL SERVICIO POR LA ENTIDAD QUE PRESTA ASISTENCIA SANITARIA. FALTA DE CONTRADICCIÓN.**

### Doctrina:

"(...) Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparada han emitido pronunciamientos contradictorios.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de mayo de 2005, recurso 6462/04, desestimó el recurso planteado por Fundación Jiménez Díaz y Fundación Jiménez Díaz-UTE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid en autos 127/04, que estimó la demanda por despido planteada por los trabajadores, declarando la improcedencia de los llevados a cabo por la Fundación Jiménez Díaz-Unión

Temporal de Empresas, condenando a las entidades que lo integran a las consecuencias legales que conlleva aquella declaración. Consta en dicha sentencia que la Fundación Jiménez Díaz adjudicó el Servicio de Alimentación en la Clínica que lleva el mismo nombre a una empresa, que contaba con personal propio y con trabajadores de la propia Fundación, casi al 50% de la plantilla. Esta última suscribió un acuerdo de colaboración con otra empresa que se materializó en la constitución de una unión temporal de empresas (UTE) que se hizo cargo del Servicio de Alimentación con los trabajadores de su propia plantilla, así como con un reducido número de nuevas contrataciones y, con los mismos elementos materiales, consistentes en locales (almacén, cocinas sector clínica equipada con cámaras de almacenamiento y conservación, cocina sector privado equipada con cámaras de almacenamiento y conservación, oficio y zona de servicios de comedor de empleados, salón de dicho comedor), aparatos y elementos auxiliares, enseres, cubertería y vajilla, que son propiedad de la Fundación. La sentencia desestimó el recurso formulado al entender que existe la identidad necesaria de medios materiales y personales, que se continua con la misma actividad de servicio por lo que existe una transmisión de empresa, sin que sea obstáculo alguno la adopción de medidas organizativas, tales como la supresión del comedor del personal y la unificación del menú para los pacientes, al ser una decisión que debería ser tratada en otro marco jurídico.

Si bien es cierto que entre la sentencia recurrida y la de contraste existen ciertas similitudes, ya que en ambas se trata de trabajadores que prestan servicios en una contrata de restauración en un Hospital y que la contratista recibe todos los medios materiales para un adecuado tráfico mercantil, existe una diferencia fundamental, consistente en que cuando se extingue la contrata en el supuesto litigioso se devuelven los medios materiales, incluso el local de la cocina que formaban parte del "Servicio de alimentación de la Ciudad Asistencial de San Telmo", al quedar exceptuados del traspaso, permaneciendo en su propiedad y posesión, con lo que la actividad es desarrollada por SACYL con otros medios materiales en sus instalaciones del Hospital General Río Carrión

y con su propio personal, por lo que la sentencia recurrida excluye la sucesión empresarial. Sin embargo, no es este el caso de la sentencia de contraste, en donde la administración del Hospital continúa con el desarrollo de la actividad que antes realizaba la contratista, con los mismos medios materiales e instalaciones. Por ello, dicha sentencia concluye que existe transmisión de empresa porque tales elementos materiales son indispensables para atender el servicio de comidas y caracterizan la transmisión de la entidad económica, ya que sobre estos elementos materiales opera la explotación del servicio con la consiguiente reversión ante el retorno a la empresa principal de la actividad concertada y, además, a diferencia de la sentencia combatida, la empresa principal se hace cargo del servicio de restauración, con gran número de trabajadores que pertenecían a su plantilla y que prestaron servicios en la contratista, treinta y ocho sobre un total de ochenta y tres (los trabajadores dependientes de la concesionaria en el servicio de restauración para la clínica, lo habían sido antes de la anterior concesionaria y continuaron en el mismo servicio), por lo que también concurren los elementos personales que conforman la existencia de transmisión de empresa. Esta asunción global de la plantilla preexistente no sucede en la sentencia recurrida, por la razón evidente de que la Junta de Castilla y León, SACYL, no hace suya la anterior prestación del servicio ni accede al uso de los elementos necesarios.

(...) A tenor de lo razonado y como ya resolvió esta Sala en sus sentencias de 21 de febrero de 2008, recurso 4680/06, 29 de junio de 2008, recurso 5050/06, 28 de mayo de 2008, recurso 4631/06 y 27 de mayo de 2008, recurso 4936/06, ante supuestos substancialmente iguales y con las mismas partes demandadas y sentencia de contraste, falta el presupuesto procesal de contradicción, como dictamina el Ministerio Fiscal, lo que determina en este trámite procesal la desestimación del recurso, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal, manteniendo las garantías o cauciones prestadas en su caso para el cumplimiento de la sentencia."

1141/07

016

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 22/09/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Gilolmo López

### Síntesis

**CONTINGENCIAS PROFESIONALES. DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS NO HA DE RESTARSE EL CAPITAL COSTE DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL SI, COMO ES EL CASO, PARA EL CÁLCULO DE AQUÉLLA SE UTILIZA EL BAREMO DE CIRCULACIÓN Y NO SE HA INDEMNIZADO EL LUCRO CESANTE. EN LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE HAN DE UTILIZARSE CRITERIOS HOMOGÉNEOS DE CÓMPUTO. Reitera doctrina.**

### Doctrina:

"(...) 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre si procede o no detracer de la indemnización de daños y perjuicios derivados de contingencias profesionales --en el caso una enfermedad de tal naturaleza-- el capital coste de la pensión por incapacidad permanente reconocida a consecuencia de dichas contingencias.

2. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 12 de febrero

de 2007 (R. 3962/06), estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador beneficiario y revocando en la misma medida el fallo de instancia, ha otorgado a aquella cuestión una respuesta negativa, y la empresa que ha resultado perjudicada por dicha decisión recurre ahora en casación unificadora, planteando exclusivamente el referido problema del descuento del capital coste, denunciando la vulneración de los artículos 1089, 1101, 1103 y 1902 del Código Civil, en relación con los artículos 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y 94.4 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, e invocando como

sentencia de contraste la dictada por esta misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 9 de febrero de 2005 (R. 5398/03).

3. En esta sentencia referencial, al resolver precisamente la cuestión de si las prestaciones de seguridad social abonadas por lesiones derivadas de accidentes de trabajo son deducibles o no de la indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil del empresario, argumentó que el capital coste de la pensión de invalidez permanente, como cuantía correspondiente a dicha pensión, estaba incurso en las prestaciones deducibles de la indemnización total reclamada, con lo que llegó a conclusión contraria a la recurrida en un supuesto sustancialmente igual, porque carece de relevancia a estos efectos el hecho de que en el presente supuesto, a diferencia de lo que sucedía en la sentencia de contradicción, la contingencia derive de una enfermedad profesional y no de un accidente de trabajo, cuando ambas, a los efectos cuestionados, tienen el mismo tratamiento jurídico. En su consecuencia, y de conformidad con lo que al respecto admiten pacíficamente tanto el propio recurrido en su escrito de impugnación como el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, es obvio que concurren los requisitos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

4. La cuestión controvertida, precisamente rectificando pronunciamientos anteriores de esta misma Sala, ha sido resuelta a partir de dos recientes sentencias de fecha 17 de julio de 2007, dictadas en Sala General (R. 4367/05 y 513/06), seguidas al menos por las de 2 y 3 de octubre de 2007 (R. 3945/06 y 2451/06) y 21 y 30 de enero de 2008 (R. 4017/06 y 414/07). Nuestra doctrina al respecto, a cuya fundamentación "in extenso" nos remitimos, puede resumirse, pues, tal como hace la precitada sentencia de 21 de enero de 2008, en los siguientes términos:

*"1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada "compensatio lucri cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable.*

*2. Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las*

*secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.*

*3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.*

*4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante".*

5. En virtud de lo hasta aquí razonado, y en aplicación de la doctrina transcrita en relación con el único y concreto debate (sobre si procede o no detracer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de contingencias profesionales, el capital coste de la pensión por incapacidad permanente reconocida a consecuencia de tales contingencias, cuando, como aquí sucede, para la determinación cuantitativa de los daños se ha aplicado el Baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor), planteado ya en suplicación, el presente recurso de casación ha de desestimarse, ya que se pretende que de la indemnización total por daños y perjuicios, reconocida en aplicación del mencionado Baremo por diversos conceptos, se descuente dicho capital coste, lo que es claramente contrario a la referida doctrina jurisprudencial cuando establece, en síntesis, que "como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante". Por consiguiente,

de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, ha de pronunciarse sentencia desestimatoria con todas las secuencias inherentes a tal declaración, incluida la condena en costas de la

recurrente en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 233 de la LPL.”

**2312/07**

**017**

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 24/09/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez

### Síntesis

**TRABAJO A TURNOS. Cambio de horario en trabajo a turnos por motivos de salud (art. 36.4 ET), respecto de una trabajadora que tiene horario nocturno y pidió que le fuera asignado uno diurno. Se estimó la demanda en la instancia y en suplicación y recurre en casación la empleadora. Se aprecia falta de contradicción.**

### Doctrina:

“(…) El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (R. 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004).

(…) El examen comparativo de las dos resoluciones en presencia revela que, efectivamente, las mismas no son legalmente contradictorias, pues no concurren entre ellas todas las identidades sustanciales requeridas por el art. 217 de la LPL. Falta en concreto, la sustancial igualdad fáctica, lo que se traduce en que tampoco haya sido idéntica la causa de resolver.

Así, mientras en el caso de la resolución recurrida está probado que existía trabajo a turnos en horarios de mañana, tarde y noche, en cambio en la de contraste consta que no existía tal régimen de trabajo a turnos, y esta circunstancia fué la que constituyó el apoyo de la Sala para desestimar la demanda, con base en que los puestos de trabajo en los horarios diurnos estaban todos ellos ocupados por trabajadores concretos, ninguno de los cuales había aceptado la posibilidad de cambiar su horario por el de la actora, llegando de esta forma la Sala catalana a la conclusión de que no se cumplía en este caso la exigencia del art. 36.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en el sentido de “que exista” puesto de trabajo al que destinar al solicitante, pues tal puesto de trabajo no existía en aquel caso.

Por el contrario, en el caso de la resolución recurrida sí que existían verdaderos turnos de trabajo, y la Sala se apoyó asimismo en que, habiéndose propuesto y admitido la prueba en el sentido de que la empresa acreditara cuál era el total de los trabajadores que prestaban servicios en cada turno, dicha empresa sólo soportó de manera parcial esa carga probatoria, nada de lo cual sucedió en el caso de la resolución referencial.

Así pues, el recurso pudo haberse inadmitido en el trámite prevenido por el art. 223.2 de la LPL, de tal manera que lo que entonces constituyera el expresado motivo de inadmisión, se ha convertido en causa de su desestimación en el actual momento procesal.”



## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 29/09/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

## Síntesis

**DESPIDO OBJETIVO. CAUSA ECONÓMICA. Exigencia de superar una situación económica, alcance y conexión entre la decisión extintiva y el objetivo de ajuste ante la situación negativa. Se estima el recurso y se considera que el despido es procedente. La sentencia aporta un matiz novedoso sobre la cuestión.**

## Doctrina:

"(...) El recurso, que denuncia la infracción del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, debe estimarse porque la doctrina ya ha sido unificada por la sentencia de contraste y por otras sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las de 30 de septiembre de 2002 y 15 de octubre de 2003 y, en particular, la reciente sentencia de 11 de junio de 2008, dictada en el recurso 730/2007, que decide un despido económico de la misma empresa a partir de una contradicción con la sentencia de 24 de abril de 1996, que es la se ha aportado en este recurso.

En síntesis, lo que vienen a establecer estas sentencias es que la justificación de un despido objetivo económico tiene que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido -"la situación negativa de la empresa"-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a *superar* una situación económica negativa) y "la conexión de funcionalidad o instrumentalidad" entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna. En el presente caso no se discute la existencia de una situación económica negativa, que se pone de manifiesto a través de pérdidas sostenidas y significativas en los términos a los que ya se ha hecho referencia. Lo que se niega por la sentencia recurrida para rechazar la procedencia de la medida extintiva es que ésta *sea suficiente por sí sola* para solventar la problemática y también se afirma que no consta que contribuya "a superar la situación de manera razonable". Estas afirmaciones se basan en un análisis de la situación que se limita a la cita de otra sentencia y a reiterar el análisis más completo de la sentencia de instancia en los términos que ya se han expuesto. En definitiva, puede concluirse que la declaración de la improcedencia del despido se funda, por una parte, en una concepción de la finalidad de la medida extintiva, que debe permitir *por sí sola* superar la situación negativa, y, de otra, en considerar que no se acredita la conexión funcional entre la medida extintiva y la finalidad que ésta debe perseguir según la ley. Estos dos planos deben ser distinguidos en nuestra respuesta.

(...) La exigencia de que la situación negativa tenga necesariamente que superarse para justificar el despido surge de un error de partida, sin duda inducido por la nada acertada expresión legal, que se refiere a "la superación de situaciones económicas negativas". Pero la Sala ya ha señalado -en la propia sentencia de contraste- que no se trata de que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis, sino que basta que pueda contribuir a ella en el sentido que a continuación se precisará. Por otra parte, es conveniente recordar que la Sala ha abordado una interpretación correctora del término legal -*la superación*- para atribuirle su verdadera

significación jurídica y económica. En efecto, la experiencia de la vida económica muestra, como tópico o lugar común, que hay crisis que se superan y otras que no pueden serlo, sin que ello signifique obviamente que ante una crisis -total o parcial- que no puede *superarse* no quepa recurrir a despidos económicos para poner fin a la actividad de la empresa o para ajustar su plantilla en términos viables. La sentencia de 14 de junio de 1996 ya precisó que la medida extintiva podía "consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen «la plantilla de la empresa» o "en la supresión de la «totalidad» de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio". Y ello, porque la conexión funcional entre el cierre de la explotación y la causa económica "consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores". En estos casos la expresión "superar" que, según el Diccionario de la Lengua, significa "vencer obstáculos o dificultades", no puede entenderse en sentido literal, sino que hay que admitir que de lo que se trata es de adoptar las medidas de ajuste -terminación de la actividad, reducción de la plantilla- que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa. El ajuste como corrección de la crisis y adecuación a la coyuntura creada por ella debe entrar en el significado del término legal de superación. Así lo han establecido de forma inequívoca las sentencias de 8 de marzo de 1999, 25 de noviembre de 1999 y 30 de septiembre de 2002. La primera señala que cuando la empresa se considera inviable o carente de futuro y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma normalmente la decisión de despedir a los trabajadores es "ésta la solución que impone, no sólo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica", pues "la extinción por causas objetivas, sea plural o sea colectiva, es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinosa y cuya permanencia en el mercado no es posible", añadiendo que "el legislador, de esta forma, soluciona el problema del fin de estas empresas no viables, de manera todo lo satisfactoria que es posible para ambas partes en el contrato", sin "que exista en nuestro ordenamiento jurídico ningún otro precepto que provea solución a esta necesidad". Recuérdese que el artículo 51.1.3º del Estatuto de los Trabajadores menciona expresamente la extinción de los contratos de trabajo de "la totalidad de la plantilla", lo que obviamente no podría entenderse como forma de *superar* la crisis, salvo que por superación se entienda el ajuste a una situación que se ha revelado inviable. Por otra parte, no cabe argumentar, que la amortización del puesto de trabajo mediante el despido no se justifica porque medidas anteriores del mismo carácter no han tenido éxito para reducir las pérdidas, pues, aparte de que sin aquellas medidas las

pérdidas podrían haber sido superiores, ese dato pone de relieve simplemente que las medidas anteriores no han sido suficientes; no que la empresa con pérdidas pueda y deba seguir funcionando con la misma plantilla.

Aclarado este punto, es preciso examinar la conexión funcional o instrumental entre la medida extintiva adoptada y el objetivo de hacer frente a la situación económica negativa, logrando un nuevo equilibrio que permita reducir las pérdidas o recuperar los beneficios. La doctrina de la Sala en la sentencia de contraste y en otras sentencias posteriores, como las de 15 de octubre de 2003 y 11 de junio de 2008, tiende a considerar que cuando se acreditan pérdidas relevantes los despidos pueden tener un principio de justificación, pues con ellos "se reducen directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa", afirmándose también en ocasiones que "si las pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, que la amortización de puestos de trabajo es una medida que coopera a la superación de la situación económica negativa". Esta conclusión debe ser, sin embargo, matizada. Con carácter general es cierto que la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa. Pero esta conexión no es automática; no establece una relación directa entre el nivel de las pérdidas y el número de los despidos y tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir. Por ello, ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones

suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido.

En el presente caso la empresa ha situado el despido del actor y el de otros trabajadores dentro de un programa de actuación contra la crisis -reducción de plantilla, prospección de nuevos mercados internacionales, ampliación de capital, mayor especialización productiva, reducción de la capacidad productiva en atención a los *stocks* existentes-, que se analiza detalladamente en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia -y que permite examinar la conexión entre los ceses y la finalidad de ajuste. Es cierto que alguna de estas medidas -la prospección de mercados internacionales- no se ha probado, pero sí se acepta, aunque se discrepe sobre su alcance y se valore su disminución, la existencia de un exceso de capacidad productiva y esto -y no sólo una genérica reducción de gastos- es lo que permite vincular el despido con la corrección de la situación económica negativa; conexión que también se establece en la carta de despido, en la que después de mencionar los datos sobre pérdidas y caída de las ventas se dice que la medida responde a la necesidad -de ajustar la plantilla a sus reales necesidades- y ello no se altera porque, según dice la sentencia de instancia, no se haya producido en los últimos años aumento de las existencias de productos terminados o que éstas se hayan reducido respecto a los ejercicios de los años interiores. Basta con que exista el exceso, aunque éste disminuya o se estabilice. También es irrelevante, como ya se ha dicho, que las medidas de reducción de plantillas anteriores no hayan permitido eliminar las pérdidas, porque, aparte de que hay una disminución de 2003 a 2004 (hecho probado 6º) y de que sin aquellas medidas las pérdidas podrían haber sido superiores, ese dato pone de relieve simplemente que las medidas anteriores no han sido suficientes, lo que en principio no desacredita nuevas medidas en el mismo sentido. (...)"

4258/06

019

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo. -Secc. 7ª-**: Sentencia de 01/10/2008

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

**Síntesis**

**DERECHOS FUNDAMENTALES: PRINCIPIO DE IGUALDAD. VULNERACIÓN INEXISTENTE PORQUE LO SUSCITADO SON CUESTIONES DE LEGALIDAD ORDINARIA.**

**Doctrina:**

"(...) La sentencia aquí recurrida en esta casación rechazó la vulneración del artículo 14 de la Constitución (CE) que había sido denunciada por la parte demandante en el proceso y desestimó el recurso jurisdiccional que había sido interpuesto contra esa resolución de resolución de 20 de diciembre de 2005 del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Gipuzkoa que antes se ha mencionado.

Para justificar ese pronunciamiento desestimatorio delimitó inicialmente el litigio señalando que el argumento principal esgrimido por los recurrentes, en defensa de la vulneración de ese artículo 14 CE que sostenían, fue este: que la comprobación tributaria sólo se había llevado a cabo respecto de los socios

que representan el 46 por cien de la sociedad y no con el resto de los accionistas; y esto hacía que los efectos fiscales de unos mismos hechos iban a ser distintos para esas dos grupos de accionistas.

Posteriormente, tras incorporar una extensa cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, razonó básicamente que *los ciudadanos sólo pueden invocar la equiparación en la igualdad dentro de la legalidad, y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes con el ordenamiento jurídico.*

(...) El actual recurso de casación lo han interpuesto también doña CONCEPCIÓN y sus litisconsortes, y dice fundamentarse en el párrafo d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional.

Los reproches que se dirigen a la sentencia recurrida a través de ese cauce casacional son estos tres que continúan.

*Que la Administración Tributaria ha infringido directamente el Principio Constitucional de Seguridad Jurídica ya que, no ha respetado la normativa existente en la materia en relación a las operaciones de compraventa de acciones.*

*Que la actuación administrativa tributaria no ha tenido en cuenta que al estar en presencia de una OPERACION NO SUJETA (dada la antigüedad de las acciones) había prescrito el derecho de la administración tributaria.*

Y que los efectos fiscales son, *de acuerdo con la normativa vigente, la realización y producción de un incremento de patrimonio y no como propugna la Administración Tributaria, un rendimiento de capital mobiliario.*

(...) Ese planteamiento que ha quedado expuesto pone de manifiesto que el recurso de casación se aparta de lo directamente abordado por la sentencia aquí recurrida. Esta circunscribió su enjuiciamiento a si en la actuación administrativa impugnada era o no de apreciar una vulneración del principio de igualdad y, sin embargo, la actual de casación plantea esas tres diferentes cuestiones que antes han sido mencionadas.

Esto ya bastaría para el fracaso de dicha casación porque, sin denunciar incongruencia omisiva ni utilizar el correspondiente cauce casacional previsto legalmente para ello, se vienen a suscitar cuestiones ajenas a la concreta controversia que fue estudiada y decidida por la Sala de instancia.

Pero es que, además, esos tres reproches del recurso de casación lo que plantean son cuestiones de legalidad ordinaria cuya decisión no puede hacerse desde una directa aplicación de la Constitución y exceden, por ello, del ámbito que es propio del procedimiento especial para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona por el que fue tramitado el litigio en la instancia.

Por otra parte, esas cuestiones son planteadas por la parte recurrente para instar la invalidez de la actuación administrativa combatida por una directa aplicación o interpretación de esa legalidad ordinaria y no como un camino para demostrar la infracción de un derecho fundamental.

Siendo de señalar respecto de esto último que el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE está fuera del marco acotado por el artículo 53.2 del texto constitucional.

Por último, debe subrayarse que es acertado ese razonamiento principal que la sentencia de instancia siguió para rechazar la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE.. Baste para ello con recordar esta declaración de la sentencia núm. 27/2001, de 29 de enero, del Tribunal Constitucional.

"(...) desde nuestra temprana STC 37/1982, de 16 de junio, hemos venido afirmando (FJ3) que la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas que sean conformes al Ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. En definitiva (...), no existe un derecho a que se dispensa un trato igualitario en la ilegalidad". (...)"

1833/06

020

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo. -Secc. 7ª-: Sentencia de 13/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

### Síntesis

**DERECHOS FUNDAMENTALES. FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS PARA HUELGA DE TRANSPORTE FERROVIARIO. CARENCIA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE. JUSTIFICACIÓN GENÉRICA.**

### Doctrina:

"(...) Con motivo de la convocatoria por el Sindicato de Circulación Ferroviario (SCF) de una huelga del personal operativo de la Unidad de Negocio de Circulación para entre el 30 de julio y el 22 de diciembre de 2004, la Secretaría General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento dictó el 26 de julio de ese año una resolución estableciendo los servicios mínimos que debían mantenerse entre el 30 de julio y el 1 de octubre en los siguientes días y horas en que tendría lugar la huelga: 30 de julio (de 0 a 24); 31 de julio (de 0 a 2, de 7 a 9 y de 18 a 20); 2 de agosto (de 0,30 a 4,30, de 6 a 10 y de 16,30 a 20,30); 16 de agosto (de 1,30 a 5,30, de 7,30 a 11,30 y de 17,30 a 21,30); 31 de agosto (de 0 a 24); 17 de septiembre (de 2,30 a 6,30, de 8,30 a 12,30 y de 18,30 a 22,30).

La Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante la Sentencia ahora impugnada, estimó el recurso que contra dicha resolución interpuso SCF y anuló el anexo de la resolución combatida, el que fijaba los concretos servicios a mantener,

porque carecían de la imprescindible motivación. En efecto, la Sentencia entiende que la ofrecida es genérica y estereotipada y no ofrece explicación alguna que permita conocer a sus destinatarios y a los tribunales para su control cuáles eran las razones tenidas en cuenta para fijar los servicios establecidos y no otros diferentes.

(...) El recurso no puede prosperar porque, efectivamente, como apunta la Sentencia de instancia, la resolución recurrida por SCF carece de la necesaria motivación porque la que ofrece no satisface los requisitos que, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la constante jurisprudencia de esta Sala, han de cumplir las resoluciones de la autoridad gubernativa que, ante la convocatoria de una huelga que afecta a los servicios esenciales de la comunidad, fijan los mínimos que han de garantizarse. Requisitos que pueden condensarse en la exigencia de justificar por qué, es decir, con arreglo a qué criterios, en las particulares circunstancias de tiempo y lugar en que se producirá la huelga, y atendiendo a las características del servicio de que se trate, se fijan unos determinados mínimos y no otros.

Por tanto, no constituyen motivación válida las justificaciones abstractas o genéricas, válidas para cualquier conflicto y, por tanto, desvinculadas del contexto en el que tiene lugar la convocatoria. En particular, viene reclamando la Sala para considerar ajustadas a Derecho las resoluciones de este tipo, entre otras cosas, que expliquen por qué, en una huelga de transporte ferroviario como ésta se debe mantener un determinado nivel de circulación de trenes y no otro diferente, superior o inferior, en cada tipo de recorridos.

Esto no significa que deba efectuarse una extensa justificación pues, efectivamente, puede expresarse de forma sucinta. Ahora bien la concisión tiene que ser compatible con el ofrecimiento de las claves en virtud de las cuales se llega, en este caso, al número concreto de cada clase de trenes que han de circular en cada período y trayecto considerados. Sólo cuando la motivación ofrece las claves concretas que explican tales extremos es posible valorar y combatir judicialmente, de ser el caso, la limitación del derecho a la huelga. Sólo cuando hay una motivación suficiente en los términos en que la estamos caracterizando será posible establecer en sede jurisdiccional si son o no proporcionados. En definitiva, de esa motivación singular, ceñida a una convocatoria determinada y expresiva de las razones que llevan a fijar dichos servicios mínimos, depende el juicio sobre si la autoridad gubernativa que los ha impuesto ha respetado el derecho fundamental a la huelga tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional.

Cuanto estamos señalando ha sido afirmado en numerosas Sentencias de esta Sala que han resumido la doctrina del Tribunal Constitucional y los criterios jurisprudenciales que venimos manteniendo. Baste, por tanto, con mencionar las de 12 de marzo (casación 358/2003), 19 de febrero (casación

2739/2004 y 8252/2002) y 15 de enero, todas de 2007 (casación 7145/2002), así como la de 30 de noviembre de 2006 (casación 2874/2002) y, en especial, la de 19 de enero de 2007 (casación 2379/2004) que aplicó esos criterios en un supuesto semejante al que se da en este proceso.

A la luz de ellos, la desestimación del motivo se impone sin dificultad, pues sucede que, tal como apreció la Sala de instancia, la resolución impugnada por SCF únicamente ofrece razones genéricas y estereotipadas ya que se limita a decir que la huelga: a) afecta a la totalidad de los viajeros de todo el ámbito nacional, por lo que perjudica especialmente el derecho de los ciudadanos a la libre circulación por el territorio nacional; b) ocasionaría un especial trastorno a los usuarios sin medios alternativos de transporte, principalmente los que utilizan los trenes de cercanías, los regionales y los de grandes líneas; c) en el caso de las mercancías, podría afectar al desarrollo de importantes actividades productivas y a la garantía del transporte de determinadas mercancías perecederas y materias peligrosas; d) sin los servicios mínimos suficientes para obviar esas dificultades originaría un daño innecesario para los ciudadanos, superior al que padecerían en otras circunstancias.

Obviamente, con estos criterios no es posible saber, por ejemplo, por qué el Ministerio de Fomento llegó a la conclusión de que en horas punta debía circular el 75% de los trenes de cercanías y fuera de ese horario el 50%. O el motivo por el que debían circular los trenes señalados en los ocho días para los que fija servicios mínimos. En definitiva, el recurso de casación no puede prosperar.

6595/06

021

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sala Primera:** Sentencia de 21 de julio de 2008 (STC. 92/2008)

**Ponente:** Excm. Sra. D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde

### Síntesis

**Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el de no ser discriminada por razón del sexo: despido de una trabajadora embarazada, a pesar de que la empresa lo ignoraba, en atención a la reforma del Estatuto de los Trabajadores operada por Ley 39/1999.**

### Doctrina:

"(...) 3. Entrando en la cuestión de fondo, se plantea en la presente demanda de amparo un problema que ha sido ya analizado en diversas ocasiones por este Tribunal, cual es el relativo a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como consecuencia de su despido durante el periodo de embarazo.

La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición

constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

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). Hemos afirmado así que “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 fin, este Tribunal viene reiterando desde su STC 38/1981, de 23 de noviembre, que, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, reproduciendo esa doctrina, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

4. Resultando inequívoco, conforme a nuestra doctrina, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora —o por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 6)—, constituye una discriminación por razón de sexo, en el asunto ahora considerado, como en los analizados en nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, así como, desde una perspectiva diferente, en la STC 62/2007, de 27 de marzo, la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada. Como hemos señalado en otras ocasiones, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido —embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación —extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, “para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una

causa real suficiente y sería de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio”.

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, en la STC 41/2002, de 25 de febrero, analizando un supuesto en el que constaba acreditado en hechos probados el desconocimiento por parte de la empresa del estado de la trabajadora, señalamos que “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 el caso de la STC 17/2003, de 30 de enero, pese a que ni el conocimiento ni el desconocimiento del embarazo por el empresario figuraban expresamente acreditados en los hechos probados de las resoluciones recurridas, el Tribunal consideró que estaba fuera de controversia el conocimiento de dicho estado “en el centro de trabajo” y, en todo caso, apreció que el silencio de los hechos probados sobre esa circunstancia no era por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, ante la concurrencia de otros datos que permitían deducir su probabilidad. Por su parte, en la STC 62/2007, de 27 de marzo, apreciamos la existencia de una lesión —en ese caso del art. 15 CE— tomando en consideración el hecho de que, aun no estando acreditado el conocimiento por la Administración autora de la pretendida lesión del hecho del embarazo en el momento en que adoptó la decisión impugnada, sí constaba tal conocimiento en un momento inmediatamente posterior, de manera que “la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados” (FJ 4).

En definitiva, nuestra doctrina ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión.

Pues bien, en el caso analizado ni consta tal conocimiento ni existen otros datos indiciarios de los que pudiera deducirse la probabilidad de la lesión. Atendiendo a los hechos probados de las resoluciones recurridas, cuya invariabilidad nos impone el art. 44.1 b) LOTC, dado que la revisión del *factum* judicial está vedada a nuestra jurisdicción, como hemos proclamado con reiteración desde las iniciales SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo, los únicos datos acreditados son los relativos a la inexistencia de causa legal para el despido de la trabajadora —admitida por la propia empresa al reconocer desde el primer momento su carácter improcedente— y el hecho de que la trabajadora se encontraba embarazada en la

fecha del despido, datos estos insuficientes para operar la inversión de la carga probatoria, conforme a nuestra doctrina.

La decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido “motivado” por el embarazo es, por tanto, conforme con nuestra doctrina, en los términos en que ha quedado expuesta, al no haber aportado la trabajadora al proceso —como le incumbía— indicios de la vulneración de su derecho fundamental.

5. La anterior constatación no agota, sin embargo, el análisis de la demanda de amparo, dado que en ésta, entremezclada con la queja anterior, se plantea por la demandante una segunda queja, claramente diferenciada y que requiere de un análisis específico. Según dicha queja las resoluciones judiciales recurridas habrían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora por la interpretación efectuada por los órganos judiciales del art. 55.5 LET, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Los arts. 7 y 8 de la Ley 39/1999 citada dieron 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. En lo que interesa a la presente demanda de amparo, referida a un supuesto de despido disciplinario, el art. 7.3 de la citada Ley modificó el art. 55.5 LET, redactándolo en los siguientes términos:

“5. Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o están disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”

La redacción anterior de dicho precepto, coincidente con la del primer párrafo de la redacción modificada expuesta, establecía exclusivamente lo siguiente:

“5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la

Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

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, que era, en cualquier caso, la vigente en la fecha de los hechos de la presente demanda de amparo.

Como se observa de la anterior exposición, la modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias —citándose, expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995—, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los arts. 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución.

En función de la citada nueva redacción del precepto legal lo que se discute por la recurrente es la interpretación —que califica de arbitraria— del precepto legal en virtud de la cual para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada resulta necesaria la concurrencia de un ánimo empresarial discriminatorio y, por tanto, el conocimiento previo del estado de embarazo. A su juicio, los nuevos incisos añadidos al precepto legal por la Ley 39/1999 operan de manera automática, siempre que se encuentre la trabajadora (o el trabajador, en su caso) en una de las situaciones contempladas, sin necesidad de que concurra un ánimo discriminatorio, salvo que el despido se declare procedente.

La cuestión así planteada no ha sido analizada hasta la fecha por este Tribunal. En nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, a las que anteriormente hacíamos referencia, se analizó por este Tribunal la exigencia o no de un previo conocimiento empresarial del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un despido discriminatorio por razón de embarazo, en función de la aplicación del único supuesto de nulidad del despido disciplinario establecido en la redacción del art. 55.5 LET vigente en la fecha de los hechos, anterior a la ahora considerada. La nueva dualidad de causas de nulidad del despido introducida por la reforma fue, sin embargo, contemplada de forma indirecta en nuestra STC 342/2006, de 11 de diciembre, resolviendo una demanda de amparo en la que se reclamaba que se considerara nulo por discriminatorio por razón de embarazo en función del párrafo primero del art. 55.5 LET un despido que había sido declarado ya nulo por aplicación del nuevo párrafo segundo del precepto, siendo otorgado el amparo por el Tribunal tras entender acreditado el conocimiento por parte de la empresa de su estado de embarazo y por aplicación de nuestra doctrina general en materia de prueba indiciaria.

6. Antes de continuar con nuestro análisis resulta preciso establecer que el canon aplicable en este caso es el propio del art. 24.1 en relación con el art. 14 CE, canon que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, conlleva, en primer lugar, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).

Se trata, no obstante, de un canon reforzado (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3) por tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En efecto, no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales en el presente procedimiento ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas (entre otras muchas, SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; y 171/2007, de 12 de febrero, FJ 3). Nos encontramos, por tanto, ante resoluciones judiciales especialmente cualificadas por razón del derecho fundamental a cuya efectividad sirve el precepto legal cuya interpretación se cuestiona, "sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles" (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 112/2004, de 12 de julio, FJ 4; 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 196/2005, de 18 de julio, FJ 3).

Como recordábamos recientemente en nuestra STC 34/2008, de 25 de febrero (FJ 3), constituye doctrina consolidada de este Tribunal que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, "reforzadas" (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), o en juego (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 115/2003, de 16 de

junio, FJ 3), o quede afectado (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. En tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca "una argumentación axiológica que sea respetuosa" con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3).

7. Analizadas con el anterior canon de enjuiciamiento las resoluciones judiciales recurridas lo primero que se advierte es la parquedad del razonamiento en virtud del cual han desestimado la pretensión de nulidad de la actora, a pesar de estar en juego la tutela del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

En efecto, la Sentencia de instancia se limita a señalar que no ha quedado probado que la demandada tuviese conocimiento de la circunstancia del embarazo de la trabajadora, al no constar la fecha del embarazo ni, por tanto, si éste era o no patente, añadiendo a continuación que, aunque hubiese tenido conocimiento de ello, "lo que es lógico suponer", su cese en modo alguno habría obedecido a esta motivación, sino a razones puramente organizativas de la empresa. De esta forma, la Sentencia realiza una interpretación del art. 55.5 b) LET —sin exponer las razones que le conducen a ello— que implica la exigencia del conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo, exigencia que entiende no acreditada, para, a continuación, tras afirmar que "es lógico suponer" la existencia de tal conocimiento, concluir que el despido no estuvo motivado por el mismo sino por razones organizativas, conclusión que se obtiene al margen por completo de la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria.

La Sentencia de suplicación, por su parte, sí aborda con mayor detalle la cuestión relativa a la interpretación del art. 55.5 b) LET en orden a la exigencia o no de un previo conocimiento empresarial de la situación de embarazo para determinar la nulidad del despido, por más que lo haga básicamente a través de la cita de una Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004 que, como la propia Sala de suplicación afirma, no aborda directamente la consideración de dicho problema interpretativo, toda vez que en el asunto analizado sí constaba expresamente el conocimiento por el superior jerárquico de la trabajadora despedida de su situación de embarazo. En todo caso, el único elemento de aquella Sentencia que la Sala de suplicación toma en consideración para desestimar la pretensión de nulidad de la trabajadora es el relativo al análisis que efectúa de la Directiva 92/85/CEE, en virtud del cual estima el Alto Tribunal que sólo puede considerarse mujer embarazada, a los efectos de la protección frente al despido contemplada en el art. 10, a aquélla que haya comunicado su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales, conforme exige el art. 2, concluyendo que lo que en realidad se protege no es la igualdad de sexos sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravedad. Esta argumentación lleva, en fin, a la Sala de suplicación a afirmar que no puede entenderse a estos efectos a la demandante como mujer embarazada, al no haber comunicado a la empresa su estado, y que tampoco resulta posible determinar que la decisión recurrida hubiera estado motivada, directa o indirectamente, por el embarazo, al no constarle a la empresa el estado de gravedad de la recurrente. De esta forma, la Sala desestima la pretensión de la demandante con base en una interpretación del art. 55.5 b) LET

que motiva, exclusivamente, por referencia al contenido de la Directiva comunitaria cuya transposición dio origen a la modificación del precepto legal interpretado.

Pues bien, resulta evidente que ninguna de dichas resoluciones judiciales satisface las exigencias del canon de motivación reforzado al que hemos hecho referencia. Limitándonos a la Sentencia de suplicación, única que argumenta sobre la interpretación del art. 55.5 b) LET, baste para dicha conclusión, por el momento, con tener en cuenta que la Directiva comunitaria reseñada tiene por objeto el establecimiento de “disposiciones mínimas” para proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, como corresponde al fundamento jurídico que la sustenta (art. 118 A del Tratado de la Comunidad Económica Europea); que las Directivas de la Unión Europea obligan a los Estados miembros destinatarios “en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios” (art. 249 del Tratado de la Unión Europea); y que, en fin, la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que modificó la regulación del precepto legal, afirma expresamente que con ella se procede a la transposición de la Directiva “superando los niveles mínimos de protección previstos” en la misma. En consecuencia, que la Directiva comunitaria contemple la exigencia de comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la exigencia de idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET.

8. En el ejercicio de la función constitucional que le es propia, a este Tribunal corresponde interpretar la constitucionalidad de la ley en todo tipo de procesos de que conoce, juicio de constitucionalidad que, con autoridad suprema, le está reservado, al igual que la delimitación de su propia jurisdicción y la fijación de los límites entre la constitucionalidad y la legalidad.

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 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET 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.

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, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE.

Como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se 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, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones) e, incluso, la propia reiteración con que problemas de esta naturaleza han debido de ser abordados por la jurisprudencia de este Tribunal. Invariablemente, como antes recordábamos, el Tribunal ha declarado que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora debe considerarse nulo, por discriminatorio, lo que en la regulación legal precedente a la que ahora se analiza recibió cobertura mediante la declaración como nulos en el art. 55.5 LET de los despidos que tuvieran por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o que se produjeran con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria establecida por este Tribunal, los Tribunales de Justicia y este Tribunal Constitucional en amparo han venido declarando la nulidad de aquellos despidos en los que, tras haberse aportado por la trabajadora un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio, habiéndose exigido, para entender aportado por la trabajadora el referido panorama indiciario, que se acreditara el conocimiento por la empresa del estado de embarazo, pues, como anteriormente señalábamos, difícilmente puede considerarse que posee un móvil discriminatorio aquel despido en el que quien despide desconoce la concurrencia del factor de diferenciación en que consiste la discriminación.

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.

Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva. Es cierto que la propia exposición de motivos, al explicar la medida, hace referencia al “despido motivado” por razón de embarazo, pero dichos términos no imponen necesariamente una conclusión contraria a la obtenida. Es evidente que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos “motivados” por razón de embarazo, lo que constituye, como decíamos, uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre.

Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional. 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, como lo ponen de manifiesto no sólo los diferentes recursos analizados por este Tribunal en los que, de una u otra forma, ha sido ésta la cuestión controvertida, sino la propia Sentencia de instancia dictada en este procedimiento, suficientemente expresiva de la dificultad probatoria al considerar finalmente no acreditado que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora en la fecha del despido pese a afirmar que “es lógico suponer” que sí lo tuviera. 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. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Del

mismo modo que, por definición, constituye también un reforzamiento de las restantes finalidades constitucionales a las que sirve la medida no directamente relacionadas con la tutela antidiscriminatoria, ya sean éstas las relacionadas con la protección de su salud y seguridad a las que alude la Directiva comunitaria, ya sean las referidas a la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una “garantía de indemnidad” reforzada.

9. La garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas y de efectividad del derecho fundamental que impone la afectación —particularmente intensa, en el presente caso— del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados.

En virtud de lo señalado no cabe sino concluir que las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz de 24 de marzo de 2004 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2005 han 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). Para reponer a la demandante en la integridad de su derecho habremos de anular las citadas resoluciones judiciales y declarar la nulidad de su despido, sin que sea procedente extender esta anulación a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006, razonablemente motivada, independientemente de que se vea indirectamente afectada por nuestro fallo. (...).”



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****Sala Segunda:** Sentencia de 22 de septiembre de 2008 (STC. 108/2008)**Ponente:** Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**Síntesis****Vulneración del derecho a la libertad sindical: condena penal a un delegado sindical por distribuir pasquines entre clientes de una empresa de limpieza criticándola por razón de un conflicto laboral.****Doctrina:**

"(...) 6. Una vez establecido que el demandante de amparo fue condenado por acciones desarrolladas en el ejercicio de su actividad sindical en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores, debemos analizar seguidamente si su actuación fue legítima o, si por el contrario, excedió de los límites constitucionalmente admisibles. Para ello debemos determinar si su conducta se inscribe o no en el lícito ejercicio de las libertades de expresión y de información invocadas por el recurrente.

En efecto, éste alude en su demanda a la supuesta vulneración por los órganos judiciales de estos derechos fundamentales, reconocidos en el art. 20.1 CE, letras a) y d), respectivamente, invocación que también realizó en su recurso de apelación contra la Sentencia condenatoria al poner de relieve que habría quedado afectada su libertad de expresión y que el contenido de los pasquines de la querrela "es pura y simple información sindical". Estas vacilaciones resultan lógicas si se tiene en cuenta, como decíamos en la reciente STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 3, que "en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, y la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión" (en el mismo sentido, STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5).

En el presente caso los pasquines repartidos por el recurrente en diversas comunidades de propietarios de Zaragoza tenían como finalidad principal informar sobre la naturaleza del conflicto entre la empresa y los trabajadores y las principales reivindicaciones laborales de éstos. Ahora bien, la conducta por la que se le ha condenado no tiene que ver con la transmisión de esta información sindical (siendo así que la propia Sentencia de instancia reconoce la realidad de la confrontación sindical y resalta expresamente que "existen dudas acerca de la falsedad" de algunos extremos denunciados en los pasquines) sino, por el contrario, con la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas referentes a la empresa y a su administrador, don Valentín Serrano Teller. Tal como consta en los antecedentes, las expresiones a las que el Juez otorgó relevancia penal, razonando que "tienen aptitud vejatoria e insultante", fueron: "explotador", "compañía de explotación" y "sucia empresa", imputaciones que no pueden ser calificadas como una información destinada a formar opinión, sino como la misma expresión de una opinión o juicio de valor sobre la conducta de otro, por lo que el canon aplicable será el propio de la libertad de expresión y no el canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar

información (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3, y 148/2001, de 27 de junio, FJ 5, entre otras).

Desde esta perspectiva conviene recordar la doctrina consolidada de este Tribunal acerca de la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1 a) CE, resumiendo los elementos más relevantes que pudieran ser de utilidad en el presente caso. Como hemos señalado con reiteración, la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una "sociedad democrática". Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental. Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el citado artículo están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate (en esta línea, SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7; 39/2005, de 28 de febrero, FJ 5; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4). Debiendo resaltarse la trascendencia que tiene a la hora de efectuar esta ponderación el examen de las "circunstancias concurrentes", entre estas el "contexto" en el que se producen las manifestaciones enjuicables, tal como se ha recordado recientemente en la STC 9/2007, de 15 de enero (FJ 4).

A la luz de esta doctrina las expresiones consideradas como injuriosas por los órganos judiciales y que han motivado su condena no pueden apreciarse como gravemente ofensivas o vejatorias, ni, por ello, que hayan trasgredido los límites genéricos de la libertad de expresión. En este caso no hay que olvidar que dichas expresiones se emitieron por un representante sindical en unos comunicados enviados a ciertos clientes de la empresa, donde se daba cuenta de un conflicto existente entre ésta y los trabajadores, viniendo a reforzar las pretensiones reivindicativas que se sostenían. Por lo que no puede deducirse que las mismas estuvieran desconectadas de la línea argumental de dichos documentos, siendo afirmaciones meramente gratuitas, apareciendo, por ello, "ajenas al objeto del debate y a la esencia del pensamiento u opinión que se expresa" (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 5), no pudiendo conceptuarse en definitiva como impertinentes o innecesarias para expresar la opinión de que se trataba. Por lo demás, los epítetos empleados, "explotador" y "compañía de explotación", suponen un lenguaje "duro y agresivo", lo que ha llevado a este Tribunal a manifestar en este ámbito de la libertad sindical (así, STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7)

que “no resulta inhabitual en manifestaciones de esta naturaleza, especialmente en situaciones de tensión y de conflicto”, no siendo dichos calificativos formalmente ofensivos o vejatorios, expresivos así del necesario animus iniuriandi de quien los utiliza, sino más bien reflejo de un lenguaje que ha venido utilizándose habitualmente en la práctica sindical, utilizado por los trabajadores y sus representantes más contra la empresa como entidad empleadora que contra alguna persona determinada, que por la propia naturaleza de los conflictos que aquí se dilucidan debe ser tolerable en este ámbito de las relaciones laborales colectivas. Estas consideraciones deben extenderse a la aludida expresión “sucia empresa”, que también ha servido para justificar la condena del recurrente por la referida falta de injurias, a lo que debe añadirse que además la utilización de este calificativo supone un claro juego de palabras

al dirigirse el mismo precisamente contra una empresa de limpieza.

En armonía con lo dicho, las Sentencias impugnadas, al condenar al demandante de amparo, como autor de una falta de injurias del art. 620.2 CP, a la pena de veinte días de multa con una cuota diaria de seis euros, han vulnerado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en relación con el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), por tratarse de una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de dichos derechos fundamentales, no haciendo, por ello, los órganos judiciales intervinientes la obligada ponderación que viene siendo exigida por la doctrina de este Tribunal en estos casos. (...).”

C-228/07

023

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Tercera: Sentencia de 11 de septiembre de 2008

Ponente: Sr. A. Ó Caoimh

### Síntesis

Seguridad social – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículos 4, apartado 1, letras b) y g), 10, apartado 1, y 69 – Libre circulación de personas – Artículos 39 CE y 42 CE – Régimen obligatorio de pensiones o prestaciones por accidente – Prestación por incapacidad laboral total o parcial – Anticipo pagado a los desempleados que lo solicitan – Calificación de la prestación como “prestación por desempleo” o como “prestación por invalidez” – Requisito de residencia.

### Doctrina:

“(..1) Una prestación como la que es objeto del procedimiento principal debe considerarse una «prestación de desempleo» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996.

2) El artículo 39 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro supedita la concesión de una prestación como la que es objeto del procedimiento principal, que debe considerarse una «prestación de desempleo» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento nº 1408/71, al requisito de que sus beneficiarios tengan su residencia en el territorio de ese Estado, en la medida en que dicho Estado no haya aportado ningún elemento que demuestre que tal requisito está objetivamente justificado y es proporcionado.”



## RELACIÓN DE SENTENCIAS SELECCIONADAS

### TRIBUNAL SUPREMO –SALA CUARTA- :

21/05/2008	(RCUD. 0528/07)	-Ref. 01-
17/06/2008	(RCUD. 2907/07)	-Ref. 02-
18/06/2008	(RCUD. 1625/07)	-Ref. 03-
25/06/2008	(RCUD. 2048/07)	-Ref. 04-
27/06/2008	(RCUD. 2235/07)	-Ref. 05-
30/06/2008	(RCUD. 4107/06)	-Ref. 06-
10/07/2008	(RCUD. 4225/07)	-Ref. 07-
18/07/2008	(RCUD. 2277/07)	-Ref. 08-
23/07/2008	(RCUD. 3682/07)	-Ref. 09-
24/07/2008	(R. Casación 0144/07)	-Ref. 10-
28/07/2008	(RCUD. 1010/07)	-Ref. 11-
17/09/2008	(RCUD. 0661/06)	-Ref. 12-
18/09/2008	(RCUD. 4272/07)	-Ref. 13-
19/09/2008	(RCUD. 3904/07)	-Ref. 14-
22/09/2008	(RCUD. 4518/06)	-Ref. 15-
22/09/2008	(RCUD. 1141/07)	-Ref. 16-
24/09/2008	(RCUD. 2312/07)	-Ref. 17-
29/09/2008	(RCUD. 1659/07)	-Ref. 18-

### TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA-

01/10/2008	(R. Casación 4258/06)	-Ref. 19-
13/10/2008	(R. Casación 1833/06)	-Ref. 20-

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

21/07/2008	(STC. 92/2008 –Sala 1ª- (Rec. 6595/06).	-Ref. 21-
22/09/2008	(STC.108/2008 –Sala 2ª- (Rec. 1571/05).	-Ref. 22-

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

11/09/2008	Sentencia C-228/07 –Sala 3ª-	-Ref. 23-
------------	------------------------------	-----------





# Algú havia de ser el número **1**



MC MUTUAL som, a més d'una entitat jove, la mütua amb més experiència d'Espanya. Els nostres orígens es remunten a l'any 1901, quan vam ser els primers a treballar en el sector.

La nostra vocació sempre ha estat col·laborar amb empreses que necessiten agilitat, professionalitat i un tracte proper en termes de salut laboral. Protegim els treballadors amb el millor servei, escoltem i donem suport als empresaris per ajudar-los a reduir la sinistralitat laboral.

I ser el **número 1** ens dóna avantatges. Perquè a MC MUTUAL hem acumulat tot el coneixement i l'experiència possible durant aquests anys. Perquè fa més d'un segle iniciarem un nou projecte amb el qual hem crescut i del qual hem après. Dia rere dia.

La iniciativa mou el món.

**I en salut laboral som pioners.**

Atenció 24 hores  
**900 300 144**  
www.mc-mutual.com

AMB LA SALUT LABORAL,  
AMB LES PERSONES.



Neix una Gran Mútua



De la fusió de:



**activa**  
mutua 2008