

## **ÍNDICE**

### **1. ACCESO AL EMPLEO**

#### **1.1. Tribunal Constitucional**

#### **1.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

#### **1.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

### **2. SALARIO**

#### **1.1. Tribunal Constitucional**

#### **2.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

#### **2.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

### **3. SALUD LABORAL**

#### **3.A. ACOSO SEXUAL**

##### **3.A.1. Tribunal Constitucional**

##### **3.A.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **3.A.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **3.B. EMBARAZO, PUERPERIO Y LACTANCIA**

##### **3.B.1. Tribunal Constitucional**

##### **3.B.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **3.B.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

### **4. CONCILIACIÓN**

#### **4.A. LACTANCIA**

##### **4.A.1. Tribunal Constitucional**

##### **4.A.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **4.A.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **4.B. REDUCCIÓN DE JORNADA Y OTRAS ADAPTACIONES**

##### **4.B.1. Tribunal Constitucional**

##### **4.B.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **4.B.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **4.C. SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO**

##### **4.C.1. Tribunal Constitucional**

##### **4.C.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **4.C.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **4.D. PERMISOS**

##### **4.D.1. Tribunal Constitucional**

##### **4.D.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **4.D.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **5.E. EXCEDENCIAS**

##### **4.E.1. Tribunal Constitucional**

##### **4.E.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **4.E.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **5. EXTINCIÓN**

##### **5.1. Tribunal Constitucional**

##### **5.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **5.3 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **6. PROMOCIÓN PROFESIONAL Y OTROS**

##### **6.1. Tribunal Constitucional**

##### **6.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

##### **6.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **7. PROTECCIÓN SOCIAL**

##### **7.A. PROTECCIÓN POR MATERNIDAD**

##### **7.A.1. Tribunal Constitucional**

##### **7.A.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

**7.A. 3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

**7.B. OTRAS PRESTACIONES**

**7.B.1. Tribunal Constitucional**

**7.B.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

**7.B.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

## **1. ACCESO AL EMPLEO**

### **1.1. Tribunal Constitucional**

Sentencia 214/2006, de 3 de julio de 2006

Recurso de amparo 5499-2003. Promovido por doña María del Carmen Pérez Estévez frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra el Instituto Nacional de Empleo sobre oferta de plazas de monitores de educación especial.

*Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora a causa de su situación de baja por maternidad.*

### **1.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

S. TS. 8-2-2001 (544): Es discriminatorio negar la admisión en la Comunidad de pescadores de El Palmar, requisito previo para trabajar, cuando las razones que justifican dicha negativa se fundan en el sexo.

S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-7-2001 (1476/2002): Ni del Estatuto de los Trabajadores ni, en general, de las restantes normas internas ni internacionales sobre protección de la maternidad, concebidas con espíritu tuitivo puede deducirse un límite para la contratación de la mujer en paro que haya dado a luz en el período de descanso obligatorio. Es a la mujer a quien corresponde tomar la decisión que estime más conveniente. La negativa a contratar a la mujer por tales consideraciones, vulnerando su derecho de contratación preferente, constituye una discriminación por razón de sexo, y tales circunstancias, igualmente, un indicio innegable de discriminación.

S. TSJ. Málaga/Andalucía 19-4-2002 (2426): trabajadora que figura en la Bolsa de Trabajo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía. Reclamada durante su período de descanso obligatorio por maternidad, la trabajadora rechaza la contratación por tal motivo, sin verse afectado su lugar en la bolsa de trabajo, siendo llamada con posterioridad y rechazado nuevamente por motivos de salud no relacionados con el embarazo. Reclamado ante la jurisdicción que se le tenga por trabajado a efectos de bolsa tal período de maternidad desde el primer requerimiento y la posibilidad de incorporarse a partir del momento en que cese dicho estado, con efectos económicos desde este último momento, la sentencia no aprecia indicios de discriminación, puesto que la razón de su no contratación está en el rechazo de la misma y por razones no relacionadas con su condición de mujer.

S. TSJ. Madrid 23-4-2002 (2169): constituye discriminación por razón de maternidad la no conversión del contrato temporal en indefinido una vez que todos los trabajadores temporales contratados en 1997 en la misma situación que la actora vieron convertidos en indefinidos sus contratos en diciembre de 1999, estando la trabajadora disfrutando de excedencia por maternidad. Procede en tal caso la indemnización por daños morales.

S. TSJ. Andalucía/Granada, 8-1-2003 (AS. 2003/662): Si bien es cierto que dar por concluido un contrato temporal por cumplimiento del plazo pactado y no renovarlo por causa de embarazo de la trabajadora constituye un despido nulo, en el caso de autos no queda acreditado que la empresa conociese el embarazo de la trabajadora, puesto que en los partes de baja y confirmación no se había dejado constancia de la causa. Por consiguiente, no se aprecia despido, sino extinción válida de contrato temporal.

S. TSJ. Andalucía/Málaga 20-2-2003 (JUR 2003/96177): Hotel que en las diversas categorías contrata a tiempo completo prevalentemente a hombres y a tiempo parcial a las mujeres. Se reclama en el recurso a la sentencia de instancia que la condena al Hotel se extienda también al Departamento de pisos, en que hay un hombre contratado a tiempo completo, nueve mujeres contratadas a tiempo completo, y cincuenta y dos mujeres a tiempo parcial. No cabe dicha extensión, puesto que al haber un solo hombre trabajando en ese departamento no existen términos de comparación homogéneos para valorar si existe o no discriminación.

S. TSJ. Extremadura (sala contencioso-administrativo) 25-2-2003 (RJCA 2003/454): Exámen de promoción interna. El Tribunal de Oposición incurrió en discriminación por razón de sexo cuando denegó la solicitud de exámen en fecha distinta a la prevista con carácter general por aspirante ingresada en Hospital en dicha fecha, por complicaciones del parto, siendo un supuesto por lo demás incardinable en la base séptima de la Orden de convocatoria.

S. TSJ. Galicia 3-3-2003 (JUR 2003/195852): En la inversión de la carga de la prueba corresponde a la empresa, no la demostración del hecho negativo de la no discriminación, sino que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito discriminatorio, y sin que sea útil a tales efectos cualquier motivo (así pequeños incumplimientos contractuales que podrían encubrir un despido discriminatorio). No se aprecia discriminación en la extinción del contrato de obra enmarcado en el Plan INFOCA, para la extinción de incendios, siendo válida la contratación temporal de esta trabajadora embarazada, así como su extinción, que se produce a la vez que la de sus compañeros. Tampoco cabe apreciar discriminación en el hecho de que un mes más tarde los otros trabajadores fueran contratados como fijos discontinuos sus compañeros, y no así la actora, puesto que conforme a los criterios de selección fijados por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo del 99, era la que tenía de todos ellos la puntuación más baja.

S. TSJ. Andalucía/Málaga 22-5-2003 (AS. 2003/3558): Extinción de contrato temporal por finalización de la duración prevista al fin de su cuarta prórroga. La trabajadora está embarazada, siendo el hecho conocido por la empresa. Al no haberse aportado por la trabajadora elementos probatorios suficientes que sean tenidos como prueba del indicio de discriminación, la extinción de la relación por finalización del contrato temporal debe entenderse enmarcada en la excepción contenida a la nulidad del despido en el art. 55.5 ET, es decir, procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias señalados.

### **1.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

S. TSJCE (sala quinta) 4-10-2001, caso <<Jiménez Megar C/Ayuntamiento de Los Barrios>> [R° C- 438/1999]: afirma entre otras cuestiones que aunque la prohibición de despido prevista en el art. 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los arts. 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Otras sentencias de interés sobre el tema del acceso al empleo:

En particular, sobre medidas de acción positiva en formación, empleo y promoción, por ejemplo: Sentencia Kalanke, de 17-10-1995, la sentencia Marshall, de 11-11-1997, la sentencia Badeck, de 28 marzo 2000, y la sentencia Abrahansson, de 6 julio 2000.

Sobre la excepción de buena fe ocupacional, prohibición de trabajo nocturno, etc, destacan: Sentencias Stoeckel (1991), Ley (1993), Minne (1994), Comisión /República francesa y Comisión/Italia (1997). También: S. TJCE 11-1-2000, <<Kreil >> (TJCE 2000/2); S. TJCE de 10 marzo 2005, 2005\60 (Nikoloudi); y las sentencias Sirdar y Jonson.

Conjugado con la prevención de riesgos laborales y la tutela de la mujer embarazada: sentencias Dekker, de 8 de noviembre de 1990, Habermann-Beltermann, de 5-5-1994, Mahlburg, de 3-2-2000, Tele Danmark, de 4-10-2001, y la Busch de 27-2-2003; S. TJCE de 16 de febrero de 2006, (Sarkatzis contra el IMSALUD).

Otras, respecto de varón, por ejemplo: TJCE de 7 diciembre 2000, Schnorbus; S. TJCE de 30 septiembre 2004, 2004\270 (Briheche);.

## **2. SALARIO**

### **2.1. Tribunal Constitucional**

STC 250/2000, de 30 de octubre de 2000 (Sala Segunda)

Recurso de amparo (núm. 2075/96) promovido por el Sindicato de Alimentación de Comisiones Obreras de la Región Murciana respecto a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, que desestimaron su demanda de conflicto colectivo sobre las tablas salariales de los fijos discontinuos fijadas por el convenio colectivo para manipulación y envasado de agrios de la Región.

Desestimación de la demanda de amparo. Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: distintas retribuciones de puestos de trabajo que desarrollan trabajos de distinto valor, tomando en consideración el factor del esfuerzo físico. Voto particular.



STC 183/2000, de 10 de julio de 2000 (Sala Segunda)

Recurso de amparo (núm. 2671/96) promovido por doña Dolores Navarro Ruiz y otros frente a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid que desestimaron su demanda contra Avon Cosmetics, S.A., en reclamación de cantidad.

Estimación de la demanda de amparo. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: el cálculo de indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo, sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo, es igualmente inconstitucional. Voto particular

## **2.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

SS. TSJ. Extremadura 16-2-2001 y 26-7-2002 (914 y 2836): Procede el reconocimiento también al padre de las ayudas a guardería del INSALUD, sin restricción de éstas a las madres y padres viudos en orden a la consideración de que a partir de la L. 39/99, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo se articula sobre el reparto de responsabilidades y no sobre el establecimiento de medidas de acción positivas que sólo contribuyen a institucionalizar el papel tradicional que ha desempeñado la mujer. y toda vez que las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 128/87, de 16 de julio y sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 15 de abril de 1997 han sido superadas en la actualidad y deben ser abandonadas, en interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 C.Civil).

S. Juzgado de lo Social de Badajoz, núm. 2, 5-9-2002 (2692): no procede la extensión al padre de la ayuda a guardería del INSALUD, debiendo entenderse ésta restringida a las mujeres y padres viudos. Rectifica así el Juzgado su postura y regresa a los postulados tradicionales sentados por las sentencias arriba referidas en virtud de diversos argumentos: 1) no puede apreciarse una superación histórica de los factores que determinaron el reconocimiento de la ayuda sólo a las mujeres; 2) caso de considerarse que ha desaparecido la justificación de tales ayudas a guardería para las mujeres lo que procede no es extenderla a los hombres, sino su desaparición porque no puede sostenerse una norma carente de objeto; 3) la L. 39/99 no excluye otras medidas de fomento de la ocupación femenina o dirigidas a su mantenimiento en el mercado de trabajo; 4) la extensión judicial de la ayuda a los hombres sienta una política legislativa negativa porque desincentiva el reconocimiento de la misma en otras empresas; provoca que el pago de la ayuda cuando la mujer trabaja recaiga sobre el INSALUD, cuando debería recaer sobre la empresa que contrata a la mujer; si la esposa no trabaja, la ayuda queda sin objeto y desincentiva la incorporación de ésta al mercado de trabajo, recibiendo la unidad familiar una ayuda por el mantenimiento de ésta en la casa.

S. TSJ. Castilla y León, Valladolid, 13-1-2003 (JUR 2003/54474): No se aprecia discriminación por razón de sexo en el percibo de complemento personal, puesto que no se observa en la empresa un clima discriminatorio hacia las mujeres; el discutido complemento se percibe por los trabajadores de la categoría profesional según el centro de trabajo en que trabajen y en función de la valoración de su trabajo por la empresa, apreciándose también diferencias retributivas en el mismo entre hombres; y puesto que las tareas, calidad, producción y carga de responsabilidad no son las mismas para todos ellos lo que, por otra parte, niega la identidad o similitud de los trabajos. De tal forma,



no puede negarse a la empresa la posibilidad, de que respetando los mínimos legales o convencionales, de establecer mejoras retributivas para los trabajadores.

S. TSJ. Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 160/2003 (Sala de lo Social, sección única), de 24-3-2003 (JUR 2003/130386): no cabe extender la ayuda a guardería al trabajador, en aplicación de la S. TS. 20-3-1997 y del Tco 6-6-1997, sin que la L. 39/99 pueda ser utilizada como argumento jurídico para su extensión al personal masculino, toda vez que se trata de un supuesto que su normativa igualitaria no ha previsto especialmente.

S. TSJ. Galicia 16-4-2004 (AS. 1679): Es discriminatorio por razón de sexo el precepto del Convenio Colectivo que reduce el derecho a complemento salarial a los trabajadores masculinos. No procede, en cambio, la nulidad total de la cláusula, puesto que ello supondría la eliminación de dicho complemento retributivo plasmado al amparo de la libertad de negociar del art. 37 CE, sino que sólo debe considerarse nula parcial, eliminando los adjetivos masculino y femenino. Con esta nulidad parcial no se aprecia incongruencia con la petición de la empresa de nulidad total de la cláusula, ya que la nulidad total abarca la parcial que se reconoce.

S. AN. 26-10-2004 (JUR 2005/3772): Conflicto colectivo. El complemento de puesto de trabajo de Alcampo, SA, es salario (S. TS. 25-4-04), con lo que procederá su reducción proporcional cuando de reducción de jornada ex art. 37.5 ET se trate. Al no haberse producido nunca una transformación de contrato a tiempo completo en tiempo parcial por imposición de la empresa se aprecia una falta de acción, por no existir supuesto fáctico que pueda ser enjuiciado.

S. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Secc.5ª), de 22 de marzo 2005 (JUR 2005/107394): no se puede negar el pago de una gratificación a una mujer que disfruta del permiso parental cuando la concesión de la gratificación solo está sujeta a que el trabajador esté en activo en el momento de su concesión.

S. TSJ. Extremadura núm 349/2005 (sala de lo social Sección 1ª), de 10-6-2005 (AS. 2005/1329): Discriminación por razón de sexo. Personal estatutario. Ayuda a guarderías infantiles: abono del importe: procede su percepción por el personal masculino con hijos.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Valladolid, núm. 1040/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 junio (AS. 2006/2079): Discriminación por razón de sexo y diferencias retributivas. Aunque las condiciones contractuales que dimanen de diversos contratos pueden justificar diferencias de trato en las empresas privadas, no pueden sin embargo imponerse frente a derechos y valores constitucionales, de manera que dichas diferencias de trato no pueden estar basadas en motivos de naturaleza discriminatoria de los contemplados en el artículo 14 de la Constitución, así como en los

artículos 4.2.c y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Inversión de la carga de la prueba: hay suficientes indicios pues realiza el mismo trabajo que sus compañeros. Indemnización: conforme al salario fijado para su categoría y no el de sus compañeros, pues la empresa les viene abonando un salario inferior al del convenio.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 10 octubre (AS. 2006/105): Diferencias salariales. Desestimación de discriminación por razón de sexo por tratarse de situaciones no homogéneas. Comparación de salario entre directivos que tienen distintos ámbitos de responsabilidad.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 23 noviembre (JUR 2006/66119): Derechos a la no discriminación por razón de sexo en materia salarial. Denegación pues la diferencia salarial entre los sexos deriva plus de puesto de trabajo y plus de convenio y de la distinta cualificación de los trabajadores.

### **2.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

Véanse, numerosas sentencias. Entre ellas, destacan sobre concepto de salario o remuneración: S. TJCE 31 mayo 1995, 1995\79 (Dansk Industrie); S. TJCE de 13 enero 2004, 2004/11 (Allonby); S. TJCE 26 junio 2001, 2001\178 (Brunnhofers); S. TJCE 9 de febrero de 1999, 1999/21 (Seymour-Smith y Pérez); S. TJCE (Sala Sexta) de 28 octubre 1999, 1999\256 (Comisión contra la República Helénica); S. TJCE 21 octubre 1999, 1999/244 (Lewen). También las sentencias Barber [TJCE 1990/158] de 27 de junio de 1990 [ TJCE 1991, 20] , Kowalska, así como Seymour-Smith y Pérez [ TJCE 1999, 21]; S. TJCE 16 de septiembre de 1999 [ TJCE 1999, 199] , Abdoulaye y otros; S. TJCE de 17 de febrero de 1993 [ TJCE 1993, 20] , Comisión/Bélgica, y de 28 de septiembre de 1994 [ TJCE 1994, 166] , Beune; S. TJCE 9 diciembre 2004, 2004\360 (Hlozek); S. TJCE de 13 julio 1989, 1990/29 (Rinner-Kühn).

Muy en particular, sobre planes de pensiones, incluido el tratamiento del trabajo a tiempo parcial: S. TJCE de 13 enero 2004, 2004/11 (Allonby); S. TJCE 9 octubre 2001, 2001\271 (Menauer); S. TJCE 24 octubre 1996, 1996\193 (Dietz); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994\163 (Russell y otros); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994\168 (Fischer). SS. TJCE 10 febrero 2000, 2000\24, 22 y 21 (Deutsche Telekom- Schröder, Sievers y Vick; S. TJCE 11 diciembre 1997, 1997\264 (Magorrian y Cunningham); S. TJCE 24 octubre 1996, 1996\193 (Dietz); S. TJCE 28 de septiembre de 1994, 1994\167 (Vroege).

Y sobre la eficacia directa del art. 119 TCE respecto de períodos posteriores al 17-5-1990, por ejemplo S. TJCE 13 julio 2000, 2000\169 (Defreny); S. TJCE de 28 septiembre 1994, 1994\163 (Russell y otros); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994/164 (Smith y otros); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994/166 (Beune); S. TJCE 6 octubre 1993, 1993/147 (TenOever) –supervivencia-; S. TJCE 14 diciembre 1993, 1993/196 (Moroni); S. TJCE 22 diciembre 1993, 1993\207 (Neath). También: SS. TJCE 10 febrero 2000, 2000\24 y 21 (Deutsche Telekom- Schröder y Vick); S. TJCE 11 diciembre 1997, 1997\264 (Magorrian y Cunningham); S. TJCE 24 octubre 1996, 1996\193 (Dietz); S. TJCE 28 de septiembre de 1994, 1994\167 (Vroege); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994\168 (Fischer).

Sobre delimitación de los regímenes profesionales de Seguridad Social respecto de los legales, véanse, por ejemplo: SS. TJCE 12 septiembre 2002, TJCE 2002/241 (Niemi); 29 noviembre 2001, 2001\336 (Griesmar); S. TJCE 14 diciembre 2000, 2000\330 (Comisión/Grecia); 17 abril 1997, 1997\74 (Epicheirissi- Evrenopoulos); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994/166 (Beune).

Sobre la fijación de edades diferentes en función del sexo en los regímenes profesionales, por ejemplo: S. TJCE 9 diciembre 2004, 2004\360 (Hlozek); S. TJCE 12 septiembre 2002, TJCE 2002/241 (Niemi); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994\165 (Akker) y S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994\163 (Russell y otros); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994/164 (Smith y otros); S. TJCE 28 septiembre 1994, 1994/166 (Beune); S. TJCE 14 diciembre 1993, 1993/196 (Moroni); S. TJCE 17 mayo 1990, Barber, (1990/158).

Sobre remuneración y discriminación por razón de sexo, consúltese también: S TJCE de 14 de diciembre de 1995, Nolte [ TJCE 1995\227], y Megner y Scheffel [ TJCE 1995\230]; S. TJCE 9 septiembre 1999, 1999/179 (Krüger); S. TJCE 13 diciembre 2001, 2001\356 (Mouflin); S. TJCE 3 diciembre 1987, 1988\47 (Newstead). S. TJCE 9 noviembre 1993, 1993\168 (Roberts).

Sobre trabajos de igual valor y criterios de diferenciación: S. TJCE 4 febrero 1988, 1988\93 (Murphy); S. TJCE de 30 marzo 2000, 2000\59 (Jämställdhetsombudsmannen); S. TJCE 31 mayo 1995, 1995\79 (Dansk Industrie); S. TJCE 26 junio 2001, 2001\178 (Brunnhöfer). S. TJCE (Sala Pleno), 11 mayo 1999. TJCE 1999\101; S. TJCE 27 octubre 1993, 1993/165 (Enderby); S. TJCE 1 julio 1986, 1986\107 (Rummler); S. TJCE de 17 de octubre de 1989, 1990/ 41 (Danfoss); S. TJCE de 3 octubre 2006, 2006/280 (Cadman) . También: S. TJCE de 15 de diciembre de 1994 (Helmig), TJCE 1994/207; S. TJCE de 10 marzo 2005, 2005\60 (Nikoloudi) –acceso de personal laboral a estatutario-; S. TJCE 2 octubre 1997,1997\193 (Gerster); S. TJCE 7 febrero 1991, 1991/128 (Nimz); SS. TJCE 27 de mayo de 2004, 2004/138 (Elsner-Lakeberg) y 6 de diciembre 2007, 2007\347 (VoB/Land Berlin).

Sobre acciones positivas en materia de remuneración, por ejemplo: S. TJCE 29 noviembre 2001, 2001\336 (Griesmar); S. TJCE de 19 de marzo de 2002, Lommersc; S. TJCE de 8 junio 2004, 2004\144; S. TJCE 13 febrero 1996, 1996/20 (Gillespie y otros); S. TJCE 21 octubre 1999, 1999/244 (Lewen); TJCE (Sala Pleno), sentencia de 30 marzo 2004. TJCE 2004\80 (Alabaster).

Respecto de discriminaciones indirectas de los trabajadores a tiempo parcial, por ejemplo: SSTJCE de 04/06/1992, 114 –Bötel-, de 06/02/1996, 13 –Lewark- y de 07/03/1996, 39 –Freers-.

### **3. SALUD LABORAL**

#### **3.A. ACOSO SEXUAL**

### **3.A.1. Tribunal Constitucional**

TC (Sala Segunda), sentencia núm. 224/1999 de 13 diciembre. RTC 1999\224. DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN: Contenido: intimidad personal y corporal: acoso sexual: requisitos para ser constitucionalmente rechazable: ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en un elemento importante del concepto que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso. DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Discriminación por razón de sexo: acoso sexual en el ámbito profesional: implica discriminación en el trabajo por razón de sexo.

STC 136/2001, de 18 de junio de 2001 (Sala Segunda)

Recurso de amparo (núm. 871/97) promovido por doña Concepción Canet Ríos frente al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimaron su demanda contra Metrópolis, S.A., en un litigio sobre despido.

*Desestimación de la demanda de amparo. Supuesta vulneración de los derechos a no ser discriminada por razón de sexo y a la intimidad personal: falta de prueba del acoso sexual alegado (STC 224/1999).*

STC 207/2001, de 22 de octubre de 2001 (Sala Primera)

Recurso de amparo (núm. 1515/98) promovido por doña Inmaculada Rodríguez Sancho frente a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social que desestimaron su demanda de tutela de derechos fundamentales por acoso sexual.

*Desestimación de la demanda de amparo. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia fundada en Derecho): falta de prueba de la autoría de escritos groseros.*

TC (Sala Segunda<sup>3ª</sup>), auto núm. 107/2003 de 7 abril. RTC 2003\107 AUTO. DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Derecho a la prueba Jurisdicción y procedimiento laboral: Carga de la prueba: doble elemento de la prueba indiciaria: necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y del empresario de justificar objetiva, razonable y proporcionalmente las causas de su decisión. DISCRIMINACION: Por razón de sexo: acoso sexual: ausencia de elementos constitucionalmente requeridos para su determinación: no se desprende de los hechos físicos presentados la objetividad constitucional exigida, ni la gravedad, ni la exigencia de exteriorización del comportamiento jurídicamente relevante: inexistencia de indicios razonables que permitan invertir la carga de la prueba: inadmisión.

TC (Sala Segunda), auto núm. 317/2005 de 12 septiembre. JUR 2005\240559.  
RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: Suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos objeto de amparo constitucional: asuntos de índole económica: devolución de depósitos consignados y avales para recurrir en suplicación: estimación del recurso contra Sentencia condenatoria al pago de indemnización por acoso sexual y discriminación por razón de sexo: ausencia de pruebas sobre la irreparabilidad del perjuicio: denegación de la suspensión.

### **3.A.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

S.TS.(sala de lo civil) 17-5-2001 (6220): La denuncia unilateral al periódico del acoso sexual ejercido por el director del Hotel a sus empleados, impone para su publicación la obligación del periódico de constatar la veracidad de los hechos denunciados.

S.TS. (sala de lo penal) 30-11-2001 (813): La obligación para el hombre de realización del servicio militar o de prestación de servicio sustitutorio no constituye un trato discriminatorio para el hombre con respecto a la mujer, puesto que son admisibles diferencias que se apoyen en una fundamentación razonable, como sucede, en interpretación constitucional, con el deber de prestación del servicio militar.

S.TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 1045/2007 de 17 diciembre (JUR 2008\189): ACCION PENAL: No se podrá imponer pena alguna sino conforme a lo previsto en la LECrim; Ejercicio: límites; Acción popular: fundamento de la limitación al ejercicio de la acción popular prevista en el art. 782.1 LECrim: identificación en ese artículo de acusador particular con los directamente ofendidos o perjudicados por el delito; si el Fiscal y el acusador particular pidieren el sobreseimiento de la causa en procedimiento abreviado el Juez lo acordará, no procediendo la apertura del juicio oral a petición sólo del acusador popular, al no ser identificable acusador particular con acusador popular; la limitación al ejercicio de la acción popular prevista en el art. 782.1 LECrim, es una facultad del legislador reconocida en el art. 125 CE; la acción popular es un derecho de configuración legal con autonomía en su uso, salvo lo previsto en el art. 782.1 LECrim.

S. TSJ. Navarra (sala de lo social) 15-6-2001\_(publicada en Actualidad Laboral, nº 46, 2001): El acoso sexual constituye un riesgo para la salud y la seguridad, por lo que la enfermedad padecida por la trabajadora a consecuencia del acoso moral y físico padecido, es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece.

S. TSJ. Principado de Asturias 1-2-2002 (publicada en Revista de Trabajo y Seguridad Social, Legislación y Jurisprudencia, núm. 231, 2002):

Aspectos procesales: Intervención del Ministerio Fiscal. No hay razón para considerar que cuando la tutela de los derechos fundamentales se ejerce en virtud de la previsión establecida en el art. 182 LPL, por medio de las modalidades procesales en él mencionadas, no es necesaria la llamada del Ministerio Fiscal que se impone expresamente en el art. 175.2 LPL. La ausencia de intervención del Ministerio Fiscal sólo vicia de nulidad el procedimiento caso de protesta previa por la parte sobre tal infracción y que ésta cause indefensión al litigante que la alega.

Prueba: La sentencia del Juzgado de lo Social niega la existencia de indicios pero su conclusión se asienta en una visión fragmentaria de unos hechos y elementos que examinados conjuntamente constituyen indicios abrumadores de la lesión invocada.

El acoso sexual puede lesionar el derecho fundamental a la dignidad (art. 10.1 CE), a la intimidad (art. 18.1 CE.) y vulnerar la prohibición de no discriminación por razón de sexo, por afectar notoriamente en mayor medida a las mujeres (art.

14 CE), como suponer la existencia de un trato discriminatorio y desconsiderado con la dignidad de todo trabajador, no ya directamente por la situación de acoso sexual, sino de la respuesta dada por el empleador al enfrentarse con la misma, a la garantía de indemnidad (art. 24 CE). En el caso de autos es nulo el despido de la trabajadora temporal contratada por Ayuntamiento cuya extinción del contrato se hace con vulneración de la garantía de indemnidad (art. 24 CE), a la dignidad, así como al principio de prohibición de trato discriminatorio injustificado (arts. 14 CE y 17.1 ET.).

S. TSJ. Andalucía/Granada 11-12-2000 (1054): El actor, jefe de zona, ejerció acoso sexual en las empleadas que le estaban subordinadas, creando un ambiente hostil de trabajo, intimidatorio y humillante para las trabajadoras que tenían que sufrir piropos, proposiciones e intentos de tocamientos por aquél que, ostentando la jefatura y representando a la empresa, estaba especialmente obligado al acomodo de su conducta a unas reglas éticas, morales y de corrección escrupulosas. Se aprecia una clara continuidad en las infracciones, con abuso de confianza y trasgresión de la buena fe contractual (art. 54.d) ET. Las faltas han prescrito, puesto que éstas prescriben con independencia del conocimiento que tuviese la empresa a los seis meses de su comisión y, en cualquier caso, tampoco la naturaleza de las acciones exigen de una completa investigación para la incoación del expediente sancionador.

S. TSJ. Cataluña 11-6-2002 (2417): Prueba: el juicio valorativo sobre la globalidad y conjunto de la prueba practicada corresponde en exclusiva al Tribunal <<a quo>>, puesto que así le viene atribuido por la Ley. No se puede imponer a la víctima la carga de responder inmediata y contundentemente frente a la conducta ilícita. Responsabilidad vicaria empresarial: en los supuestos de acoso sexual el empresario resultará cuasi objetivamente responsable <<ex>> art. 96.14 ET por la existencia de acoso en su ámbito funcional de organización y dirección, con las matizaciones en los casos de que se desarrolle fuera de los parámetros temporal y locacional ordinarios y que adoptó todas las medidas objetivas y razonablemente posibles de forma previa, coetánea o posterior al hecho; y directa o indirectamente responsable civil, a menos que pueda demostrar en base a tales indicios, que no incurrió en culpa alguna o que su conducta culposa no fue causa del daño inflingido a la víctima. En el caso la empresa es responsable puesto que el acosador era subgerente y la empresa, conocidas las quejas de acoso sexual de la actora en el primer despido, se limitó a pedir explicaciones al subgerente, sin pedir similar ampliación de la información a ella.

S. TSJ. Madrid 19-6-2002 (2245): No constituye acoso sexual, por no reunir el requisito de no ser deseado, el correo recíproco de contenido pornográfico, siendo la recurrente la que inició los envíos, sin manifestación de oposición, malestar o desagrado en ningún momento anterior a su despido. Igualmente carece del requisito de que éste se haya producido en el lugar de trabajo, ya que los correos se emitían desde el domicilio de ambos.

S. TSJ. Extremadura 26-7-2002 (publicado en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 237): no se aprecia dimisión o abandono del puesto de trabajo cuando éste se debe a una conducta de grave incumplimiento de las obligaciones del empresario, como es el acoso sexual y que justifica por sí mismo sobradamente que la trabajadora no acudiese a trabajar –unido a la situación de incapacidad laboral de la trabajadora–, sin que de ello pueda deducirse voluntad de extinguir el vínculo contractual.

S. TSJ. Cataluña, de 10-2-2003 (AS. 2003/1797): No queda acreditada, a efectos de inversión de la carga de la prueba, la existencia de un panorama discriminatorio general que hagan sospechar vehementemente, de la concurrencia de discriminación y acoso moral, pues no hay sino hechos que se suceden en un lapso largo de año y medio, y que mezclan el cambio funcional y cuestiones anexas con la reincorporación tras el descanso por maternidad, con cuestiones relacionadas con responsabilidades, clasificación, etc.. El despido posterior, por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción es improcedente.

S. Juzgado de lo Social, Comunidad de Madrid/Madrid, 11-2-2003 (AS. 2003/707): Remisión a compañeros varones de mensajes de contenido pornográfico estando en baja, desde su domicilio, y utilizando los medios de la empresa si bien sin que ello suponga coste adicional alguno para la misma. Es despido improcedente, puesto que el acoso sexual ambiental, límite a la libre expresión de ideas, necesita de una víctima real o potencial del correo con contenido pornográfico, lo que en el caso no concurre puesto que los receptores son varones y ninguno se ha quejado al respecto.

SS. TSJ. Asturias 9-5 y 20-6 de 2003 y 30-4-2004 (JUR 2003/229061 y 2003/255795 y AS. 2004/2112): Supuesto de acoso sexual en que el socio y gerente de la empresa instala microcámaras en dos mesas de despacho de dos trabajadoras y en el aseo femenino, ubicado el despacho del gerente enfrente del referido aseo y desde el que reconoce ver a quién entra en el mismo. Conocidos los hechos y tras protestas y huelga de los trabajadores de la empresa son despedidas 16 trabajadoras que reingresan en la empresa tras celebrarse acuerdo entre empresa y sindicatos con la finalidad de retomar la normalidad de las relaciones laborales en la empresa. El gerente es destituido formalmente como tal, pero sigue manteniendo sus funciones y despacho. Ante tal situación, causan baja por enfermedad seis trabajadoras, solicitando la empresa inspección médica, tras la cual se da de alta a la actora. El despido de la misma se realiza en base a la insasistencia injustificada tras el alta médica impugnada. Previamente la trabajadora ha instado resolución de su contrato derivado del incumplimiento empresarial. La sentencia afirma la plena autonomía del proceso laboral frente al penal en que se encuentra incurso el gerente (arts. 4.3 y 86.1 y 2 LPL). Aún cuando la extinción del contrato a instancias del trabajador exige como regla general que la relación laboral se mantenga viva hasta la declaración judicial de aquél efecto, en el supuesto de autos, al no haber transcurrido los 20 días hábiles para reaccionar contra el despido hasta que se celebra el juicio oral, mantiene su capacidad de resistencia frente al despido y la ejerce al mantener su acción; su acción no es la común de extinción por incumplimiento empresarial, sino que está cualificada por la naturaleza del incumplimiento, vinculado éste a los derechos fundamentales. Además, dada la situación, no es exigible a la trabajadora mantener su asistencia al trabajo en tanto se resuelve su pretensión judicial. La posición del infractor en la empresa hace surgir la responsabilidad de ésta ex art. 20.2 y 3 ET, siendo aún más transcendente e intenso el ataque a los bienes básicos de las trabajadoras a partir del momento en que se impone a las trabajadoras la convivencia laboral con el acosador, sin que se hayan tomado medidas reales, que sólo formales, por la empresa. La conducta del gerente y la permisibilidad de la empresa encaja en la definición de acoso sexual recogida en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991 y de la Directiva 2002/73 CE, que modifica la Directiva 76/207 CEE, y ésta es, asimismo en el supuesto de autos, constitutiva de una discriminación por razón de sexo (art. 14 CE y L. 62/2003, de 30 de diciembre). Por otra parte, los hechos que determinan el proceso se producen fundamentalmente, más allá del objetivo del pacto celebrado



entre empresa y sindicatos, sin que por ello se pueda exigir a la trabajadora acudir previamente a la comisión de seguimiento del mismo, tanto más cuando es la empresa la que impide su constitución. Finalmente, los daños morales causados, de difícil valoración, dan al Juzgador de instancia de un amplio margen y debe ser respetada siempre que proporcione los hechos para conocer el alcance del daño y no incurra en vicio de incongruencia.

S. TSJ. Andalucía/Málaga 4-12-2003 (AS. 2004/947): Responsabilidad solidaria de la empresa por indemnización de daños y perjuicios derivados de acoso sexual. Conforme al art. 1903 Cciv. los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables de los perjuicios ocasionados por sus dependientes con ocasión de las funciones que realicen, salvo cuando acrediten que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Procede la responsabilidad solidaria de la empresa, puesto que cuando tuvo conocimiento de los hechos no los investigó y la medida que propuso de trasladar a la trabajadora a Marbella resultaba más perjudicial para la víctima que para el acosador, sin que haya tomado medida disciplinaria alguna contra éste ni medida para evitar el acoso denunciado no sólo por la actora, sino por dos trabajadoras más.

S. TSJ. Madrid 27-1-2004 (AS. 2004/1016): No se acredita el acoso sexual, siendo el contenido de los mensajes telefónicos correctos, cortos e inexpresivos de cualquier pretensión afectiva o amorosa, careciendo de relevancia que se reiterasen en breves espacios de tiempo, dado que la trabajadora no contestaba ni se ponía en contacto con su jefe. Tampoco tiene transcendencia que las llamadas se hicieran con cierta frecuencia después de las ocho de la noche, dado que no consta que pudiera comunicarse con ella antes de esa hora, y puesto que mantenían una relación de amistad; esas llamadas serían impertinentes, pero no indicio de acoso sexual.

S. TSJ. Andalucía/Granada 20-1-2004 (AS. 2004/686): Conforme a la Declaración 27/1992 de la CEE para definir el acoso litigioso como <<la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, no deseados>>. No se han recogido en los hechos probados cuáles comportamientos puedan calificarse como constitutivos de esa actitud lesiva al derecho fundamental de la trabajadora.

S. TSJ. Galicia 3-2-2004 (AS. 1684): Tras manifestar el Presidente del Consello su sentimiento amoroso a la trabajadora, contra la voluntad de ésta y siendo rechazado, se procede por éste al despido de la trabajadora, que no constituye sino una represalia dadas las circunstancias concurrentes: a) reducción previa de sus cometidos con vaciamiento de atribuciones y privación de medios –ordenador- e incertidumbre sobre sus cometidos; b) advertencias por escrito respecto de conductas inciertas, como son las faltas de puntualidad que no cometió; c) recriminaciones públicas sobre la ejecución de su trabajo; d) la inexistencia de causa de despido, pues se basa en la no realización de un trabajo de cuya urgencia no se le advirtió ni tan siquiera se acredita pues se le privó durante un tiempo de los medios para ejecutarlo y se le concedió entre tanto vacaciones sin advertencia de trabajos pendientes. Los efectos del despido discriminatorio no se reducen a la reincorporación y pago de salarios de tramitación, sino que puede dar lugar

a la indemnización de daños y perjuicios causados, siendo evidente la relación causal entre la necesidad de tratamiento psiquiátrico y el trato recibido.

S. TSJ. Canarias/Santa Cruz de Tenerife 18-2-2004 (AS. 694): El Parlamento Europeo en su sesión de 12-6-2002 ha considerado el acoso sexual como una discriminación por razón de sexo. Es necesario distinguir entre acoso sexual y acoso relacionado con el sexo. No se aprecia la concurrencia de acoso.

S. TSJ. Comunidad Valenciana 19-2-2004 (AS. 1850): La prohibición del acoso sexual no pretende un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a la dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen objetivamente y no sólo para la subjetividad de la acosada un ambiente de trabajo incómodo y hosco. No se puede atender sólo a la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa sino que debe ser ponderado objetivamente atendiendo al conjunto de circunstancias, como es la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima. Dado el clima de clandestinidad en que se suelen producir estas conductas se le da una especial relevancia a la testifical de la acosada, pero su valoración probatoria necesariamente tiene que hacerse en la instancia. La rectificación de los hechos probados y de su valoración a través de prueba pericial no puede hacerse a través de un informe de psicóloga distinta de la persona que ratificó su contenido en el juicio oral, y en el además sólo se deja constancia de los sentimientos subjetivos de la trabajadora. La sentencia también valora el hecho de que la trabajadora no refiriese a personas de su entorno la situación de acoso que denuncia hasta el día en que se denuncian los hechos. Consiguientemente, al no reconocer la sentencia de instancia la existencia de acoso sexual, cabe el despido procedente por ausencias injustificadas una vez que la trabajadora fue dada de alta y declarada curada de la afección ansioso-depresiva aún cuando se recomienda por el médico que se mantenga alejada a la trabajadora de su presunto acosador.

S. TSJ. Cataluña 20-5-2004 (JUR 2004/193122): El acoso sexual constituye causa legítima de despido en cuanto supone una ofensa-sancionada en el art. 54.1.c) ET y en cuanto tal actuación constituye una transgresión de la buena fe contractual dado que presupone una dejación de los deberes laborales y un desconocimiento de la lealtad debida al empleador (art. 54.2.c) y d) ET). Elementos definidores del acoso sexual: conducta libidinosa (tocamientos ocasionales, observaciones y proposiciones de tal naturaleza), no deseada por la víctima, con suficiente entidad para generar un entorno laboral humillante, desagradable e incómodo objetivamente considerado.

S. TSJ. Comunidad Valenciana 7-4-2004 (AS. 2004/1796): Es necesario distinguir entre acoso sexual de intercambio y acoso sexual ambiental. Este último se caracteriza normalmente por consistir en una conducta reiterativa, a veces más explícita e intensa y a veces menos. En este contexto, la carta de despido no requiere la identificación pormenorizada de actos y fechas, bastando la referencia a algunos hechos constitutivos de la conducta sancionada, sin que ello implique indefensión del trabajador pues su defensa debe articularse rebatiendo dicho comportamiento general. Igualmente es admisible que no conste en la carta el nombre de las trabajadoras afectadas, por razones de preservar su dignidad y respeto y ante la desconfianza que pueda suscitar la reacción del despido. Por otra parte en el contexto de la empresa –la representación de los

trabajadores conocía los hechos y pidió a las trabajadoras afectadas que no los denunciasen en atención al acosador- y por las referencias a datos precisos en la carta de despido, el actor podía conocer o deducir de qué trabajadoras se trataba.

Sentencia Audiencia Provincial Barcelona núm. 404/2005 (Sección 7ª), de 2 mayo 2005 (ARP 2005\460)

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 117/2005.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Isabel Cámara Martínez. Requisitos de la calumnia. Concurren en el caso sobre imputación de delito de acoso sexual formulada en papeleta de ampliación de demanda por despido improcedente; Indemnización de perjuicios: morales: procedencia: seis mil euros.

STSJ de Cataluña, de 13 junio (JUR 2005/181345): Despido procedente por agresión sexual a compañera de trabajo.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 junio 2005 (JUR 2005/194865): Despido procedente causado por ofensas verbales y físicas constitutivas de acoso sexual a compañera de trabajo. Comunicación al trabajador y defectos formales. Subsanación o convalidación posterior a la sentencia que declara la improcedencia: nuevo despido subsanando los requisitos omitidos en el precedente. No prescribe la falta pues se trata de un plazo autónomo al del art. 60.2 ET..

STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 26 julio (AS. 2005/2211): Extinción del contrato de trabajo por voluntad de la trabajadora fundado en incumplimientos graves consistentes en acoso sexual por el gerente de la empresa. Desestimación por falta de prueba. Conductas que manifiestan atracción sexual pero sin agresión física ni pronunciamiento de palabras o frases soeces.

STSJ de Comunidad Valenciana de 27 septiembre (AS. 2005/2944): Despido procedente fundado quebrantamiento del deber de buena fe contractual y en ofensas verbales o físicas constitutivas de acoso sexual, y atentatorias a la libertad sexual, intimidad y dignidad. Conducta libidinosa consistente en reiterados tocamientos y comentario verbales a compañera de trabajo.

STSJ de Canarias, Las Palmas, de 29 septiembre (AS. 2005/2670): Derecho a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Requisitos del acoso sexual: reiteración de frases de contenido sexual y realización de tocamientos –sin oposición verbal pero sí con actitud de rechazo- por superior jerárquico a varias trabajadoras.

STSJ de Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 24 octubre (AS. 2005/3554): Despido procedente fundado en ofensas físicas constitutivas de acoso sexual a compañera de trabajo menor de edad que es sujeta por la cintura, besuqueada y manoseada contra su voluntad.

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 2 noviembre (AS. 2005/3353): Inexistencia, no acreditación de acoso sexual. Aunque el jefe y amigo de la actora

viajaban juntos por razones de trabajo, y que a partir de fecha indeterminada comienzan a compartir habitación, consta que la idea partió de propia actora con el objeto de ahorrar costes y que de tal hecho era conocedor el novio de la demandante, que ha mantenido su relación de amistad con aquél, sin que se haya acreditado conducta alguna constitutiva de acoso sexual.

STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 18 enero de 2006 (AS 2006\543): Derecho a la integridad física y moral. Inexistencia de acoso sexual: comentarios y gestos que son considerados cariñosos y no acoso ni de contenido libidinoso.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 3529/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 9 mayo (AS. 2006/2980): Acoso sexual: concepto y requisitos para ser constitucionalmente rechazable. Acoso sexual a compañera de trabajo.

STSJ de Madrid de 7 marzo de 2006 (AS 2006\1317): Despido procedente por acoso sexual ambiental: comportamiento de carácter libidinoso no deseado, grave por su intensidad y reiteración, que genera un ambiente laboral desagradable, intimidatorio, o humillante

STSJ de Madrid de 27 marzo de 2006 (AS 2006\1687): Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Acoso sexual: concepto y requisitos para ser constitucionalmente rechazable. Despido procedente por acoso sexual a compañera de trabajo: conducta con tendencia libidinosa con insinuaciones, tocamientos ocasionales y comentarios verbales de tal naturaleza. Conducta grave y reiterada generadora de un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad de Madrid núm. 433/2006 (Sala de lo Social, Sección 2), de 16 mayo (JUR 2006/195765): Despido procedente por acoso sexual. Algunas expresiones proferidas por el despedido revelan un sentimiento de cariño y/o deseo de entablar una relación amistosa o afectiva, pero otras expresiones como "vamos a quedar y te vienes a mi piso que vivo solo" y el hecho de seguirla, cuando va a cambiarse de uniforme, intentando besarla en el cuello, ponen de manifiesto un comportamiento indeseado por la destinataria, generando un clima ingrato en el trabajo. La actitud de la trabajadora constituía una señal inequívoca de que no quería tal conducta y comportamiento, para deshacer cualquier equivoco, sin que pueda hablarse de tolerancia por su parte. Sin embargo, el recurrente, insiste en su conducta y le insinúa una posible promoción en la empresa.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 1812/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 24 mayo (AS. 2006/3134): No cabe apreciar la nulidad del despido al no aceptarse la existencia de acoso sexual, pues calificar como tal las manifestaciones de afecto y amistad es del todo excesivo. Por otra parte el posible interés que pudiera tener el trabajador en profundizar la relación de amistad entablada con la despedida y quizás su deseo de convertirla en otro tipo de relación más íntimo no es suficiente para apreciar la existencia de acoso sexual cuando no existe ningún acto revelador de dicho interés que posea un claro contenido sexual o libidinoso y que se pueda tachar de ofensivo al atacar contra la dignidad de la trabajadora; lo contrario supondría penalizar cualquier comportamiento que revelase un interés afectivo hacia otra persona cuando no fuera a su vez correspondido y aun cuando careciese de todo contenido sexual, lo que es absurdo y por lo tanto debe rechazarse.

STSJ núm. 395/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 13 septiembre (JUR 2006\258150): El comportamiento observado por parte del actor constituye un incumplimiento grave y culpable determinante de una falta muy grave sancionable con el despido de acuerdo con lo dispuesto en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo apartado 2. c) se contempla las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, ya sea como constitutiva de la figura del **acoso sexual**. Dentro del concepto de acoso sexual se pueden incluir también las vejaciones, siendo la conducta del trabajador determinante, en el exclusivo campo del derecho sancionador laboral, de un acoso sobre el sexo, o, si se quiere, una vejación muy grave a una trabajadora, relacionada con el sexo y con abuso de autoridad, creando un clima hostil en el ámbito reducido de las relaciones personales entre los trabajadores de la plantilla del Hospital Geriátrico de Ciutadella, por lo que procede declarar ajustado a derecho el despido acordado.

STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 1789/2006 (Sala de lo Social, Sección1) (AS. 2007\49): DESPIDO PROCEDENTE: ofensas verbales o físicas: acoso sexual a compañera de trabajo; notificación al trabajador: carta rehusada: no supone su omisión: firma de testigos.

### **3.A.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

S. Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 26 de enero de 1995.

## **3.B. EMBARAZO, PUERPERIO Y LACTANCIA**

### **3.B.1.Tribunal Constitucional**

**STC 62/2007 (Sala Primera), de 27 de marzo de 2007:** Recurso de amparo 1623-2002. Promovido por doña Ana María Hidalgo Laguna respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra el Servicio Andaluz de Salud sobre reasignación de funciones en el matadero de Coria del Río.

*Vulneración del derecho a la integridad física: asignación de una actividad peligrosa a una funcionaria en avanzado estado de embarazo omitiendo los deberes de prevención de riesgos laborales. Voto particular.*

### **3.B.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

**STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 de julio 2006 (RJ 2006\6653): DERECHO COMUNITARIO:** política social: trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en

período de lactancia (Directiva 92/85/CEE): prohibición de despido: interpretación. DESPIDO NULO: embarazo de la trabajadora: protección frente al despido: el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria. Se desestima el recurso al demostrarse que no existe discriminación por razón de sexo porque no existió conocimiento por parte del empresario del estado de gestación. VOTO PARTICULAR: DESPIDO NULO: no es necesario el móvil discriminatorio, siendo el despido nulo independientemente de que la empresa conociera o no el embarazo.

STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 de julio 2006 (RJ 2006\8040): DERECHO COMUNITARIO: política social: trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE): prohibición de despido: interpretación. DESPIDO NULO: embarazo o maternidad de la trabajadora: protección frente al despido: el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria. Se desestima el recurso ante la inexistencia de discriminación por razón de sexo: trabajadora despedida estando embarazada: desconocimiento del estado de gestación por el empresario; VOTO PARTICULAR.

SS. TSJ. Madrid 28-7-1999 (AS. 1999/6214) y TSJ. Cataluña 20-7-2000 (AS. 2000/3700): La liberación de la trabajadora, en servicio de radiodiagnóstico, de la realización de guardias por razón de su estado, debe hacerse con mantenimiento del conjunto de las retribuciones y, consiguientemente, han de retribuirse las guardias no realizadas.

S. TSJ. Madrid 19-4-2001 (AS. 2001/2342): De una situación de riesgo para el lactante derivada de la exposición de la madre a vapores tóxicos no deriva derecho a prestación de IT, sino el derecho a la suspensión del contrato laboral conforme al art. 45 ET en relación al art. 26 ET L. 31/95, por riesgo en el período de lactancia.

S. TSJ. Galicia 11-5-2001 (AS. 945)

S. TSJ. Cataluña 29-6-2001 (AS. 2001/3238)

S. TSJ. País Vasco 11-9-2001 (AS. 2002/964): Cuidadora de personas con retraso mental grave embarazada en IT por lumbalgias. Para el reconocimiento del derecho a suspensión y subsidio por riesgo durante el embarazo no basta la declaración de la empresa (de 15-5-2000) de que existe un riesgo específico sin acreditar que no exista otro puesto disponible en la empresa para la trabajadora. Por otra parte, la prestación es incompatible con el período de baja por enfermedad (de 26-6-2000), ni con los períodos trabajados.

S. J.S. núm 3 Navarra, de 29-1-2002 (A.S. 617), S. TSJ. Navarra 30-4-2002 (1616): Respecto de trabajadora gestante con categoría profesional de cuidadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal cuando solicita la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, la sentencia afirma que dicha prestación viene referida a las trabajadoras embarazadas que no se encuentran en baja y que están en condiciones de trabajar pero que al concurrir riesgos para la propia mujer o para el feto se les establece la protección especial de suspender la relación laboral cuando no es posible el cambio de puesto de trabajo. Además, concluye la sentencia, en

el caso de autos el referido cambio de puesto de trabajo compatible con su estado es posible puesto que hay puestos de administrativa exentos de riesgos.

S. TSJ. Navarra 27-3-2002 (1523): cuidadora de personas con graves discapacidades psíquicas. Queda acreditada la existencia de riesgo durante el embarazo al tener que realizar la trabajadora sobreesfuerzos, turnos y sufrir, incluso, posibles conductas agresivas de los pacientes, sin posibilidad de acudir a otra de las medidas previstas en el art. 26 LPRL, y sin que corresponda IT, siendo la situación tutelada la de la existencia de un riesgo y no una patología ya diagnosticada.

SS. TSJ. Navarra 27-3-2002 y 13-6-2002 (AS. 2002/884 y 2002/2607): Cuidadora en centro asistencial en IT por enfermedad común cuyo puesto de trabajo está afectado de riesgos específicos según evaluación del mismo: sobreesfuerzos, agresiones de pacientes, turnos. Dicho puesto tampoco está recogido entre los exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa previa consulta de los representantes de trabajadores. Ante la imposibilidad de tomar otras medidas procede la suspensión del contrato y el percibo de subsidio por riesgo durante el embarazo sin necesidad de sustituir la contingencia por la situación de IT.

S. TSJ. Madrid 8-7-2002 (AS. 2002/3761): Técnico especialista en rama sanitaria con destino en el Servicio de Radiología en estado de gestación de siete semanas. Reconoce la sentencia el cambio de puesto de trabajo aún cuando los niveles no alcancen el límite máximo permitido por la norma reglamentaria. Se trata de evitar cualquier tipo de riesgo que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto (art. 26 LPRL), por lo que es evidente que si dentro del mismo departamento y centro de trabajo existe un puesto de trabajo en que la trabajadora deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en grado mínimo, debe procurarse dicho cambio, máxime cuando el organismo en cuestión no da una razón objetiva, fundada en necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora.

S. TSJ. Baleares 11-11-2002 (JUR 2003/ 71806)

S. TSJ. Aragón 18-11-2002 (AS. 2002/3351): Operaria acolchadora cuya actividad requiere un importante esfuerzo físico. Apreciado un alto riesgo de aborto por esfuerzo, se requiere que se evite todo tipo de actividad laboral que implique cansancio y gran esfuerzo (según resolución del INSS). Frente a su consideración de IT por el INSS, la sentencia reconoce el derecho a subsidio por riesgo durante el embarazo puesto que el puesto de trabajo en cuestión genera dicho riesgo, y puesto que la Directiva 92/85 de que trae causa la suspensión identifica también como posibles riesgos los derivados de condiciones de trabajo, y no sólo aquéllos derivados de agentes tóxicos o químicos.

S. TSJ Baleares 22-5-2003 (JUR. 2004/11147): Tripulante de cabina de pasajeros cuyo contrato se suspende por embarazo (OM. 30-11-90), careciendo la empresa de otro trabajo compatible con su estado. La fecha de inicio de los efectos económicos del subsidio es la del primer día de suspensión del contrato, toda vez que quedó constatado el embarazo de la actora por el médico de la Mutua.

S. TSJ. Cataluña 22-12-2003 (AS. 2004/1254)

S. TSJ. Madrid 30-1-2004 (jur 2004/95493)

S. TSJ. Cataluña 13-5-2004 (AS. 2177): Trabajadora embarazada que presta servicios en sección de entrelazado, en puesto de trabajo con exposición de ruido entre 80 y 90 decibelios y manipulación de cargas superiores a 3 Kg. No hay puestos en la empresa exentos de riesgos compatibles con la situación de embarazo. El INSS rechaza la procedencia de la prestación de riesgo por embarazo por considerar que se trata de una situación de riesgo genérico y no específico. Procede la prestación por riesgo durante el embarazo pues existe un riesgo en la trabajadora al tener que realizar esfuerzos al manipular cargas superiores a 3 Kg. y estar expuesta al referido ruido, sin posibilidad de acudir a otras medidas.

S. TSJ. Cataluña 1-6-2004 (AS. 2312): Oficial 3º metalúrgica embarazada de gemelos en baja por gestación múltiple de riesgo. El puesto de trabajo está afectado de riesgos para el embarazo y se acredita imposibilidad de adaptación y de traslado. La discusión se centra en si la imposibilidad de trabajar deriva del propio embarazo o del puesto de trabajo. La circunstancia de que los embarazos de gemelos presenten más riesgo del habitual no impide apreciar que impida el desarrollo del trabajo. Y en general el embarazo, se podría considerar como una situación de riesgo para la salud. Pero lo decisivo en el caso es que el riesgo propio e intrínseco del embarazo se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios, en cuyo caso se pondrá en marcha, como así decide la sentencia, esta protección específica por riesgo durante el embarazo.

S. TSJ. Cataluña 18-11-2004 (JUR 2005/36072): Trabajadora a turnos dedicada a la manipulación manual de cajones de papel entrelazado, sin que su puesto figure como exento en la relación que se ha realizado previa consulta con los representantes de los trabajadores, dado que está afectado de riesgos específicos –turnos y trabajo nocturno, manipulación de cargas, ruido y posturas forzadas-. Aunque tal riesgo objetivado, con el añadido de ausencia de zonas de descanso, no se hubiese materializado en un <<daño>> efectivo para la gestante, no puede por menos que entenderse acreditada la situación de riesgo que debe preverse a través de la suspensión por riesgo durante el embarazo con percibo de la correspondiente prestación económica. Resulta llamativo que no se discuta sobre el hecho de que no conste la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

STSJ Castilla-La Mancha de 30 marzo de 2006 (JUR 2006/171730): Trabajadora autónoma en cooperativa con categoría de matarife. Defectos procesales. La fecha de efectos de la prestación es la de la cesación del trabajo y no una anterior correspondiente a la de la solicitud.

STSJ (Sala de lo Social, Sección 1), de 5 junio (AS 2006\2351): MATERNIDAD: prestación de riesgo durante el embarazo: finalidad y requisitos; beneficiaria: situación objetiva de riesgo: cajera de hipermercado. Dispone el artículo 134 de la LGSS (RCL 1994, 1825) bajo el epígrafe «situación protegida» y en relación a la modificación incorporada por el artículo 14 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras que «A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro



compatible con su estado, en los términos previstos en el art. 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados».

Se trata de una situación que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es: a) Si el cambio de puesto no resulta técnica u, objetivamente posible; b) Si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. En tales casos la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta esta fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación, (debiendo) observarse que la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la que no se refiere la Ley. En el caso se demuestra la realidad del riesgo específico al que se ve sometido el embarazo de una trabajadora que, durante la realización de trabajo, se ve obligada a realizar (en ocasiones) actividades de sobreesfuerzo incompatibles con su estado, de tal modo que aunque el riesgo así objetivado (con la añadida ausencia de «zonas de descanso») no se hubiese materializado en un «daño» efectivo para la gestante no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que «prevengan» la eventualidad de que aquel se produzca, atendiendo, además, al estado de salud de la trabajadora a consecuencia del embarazo

Sentencia Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social, Sección 1), de 5 junio (AS 2006/2939): Riesgo por embarazo. Mujer embarazada que realiza funciones de cajera a tiempo parcial en un centro comercial. Tanto la empresa como el Comité de Seguridad y Salud y los médicos que atienden la situación del embarazo, acreditan la realidad del riesgo específico al que se ve sometido el embarazo de una trabajadora que, durante la realización de trabajo, se ve obligada a realizar (en ocasiones) actividades de sobreesfuerzo incompatibles con su estado, de tal modo que aunque el riesgo así objetivado (con la añadida ausencia de «zonas de descanso») no se hubiese materializado en un «daño» efectivo para la gestante no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que «prevengan» la eventualidad de que aquel se produzca, atendiendo, además, al estado de salud de la trabajadora a consecuencia del embarazo.

STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 1739/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 29 de noviembre (AS 2007/491): PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: protección de la mujer en situaciones derivadas de la maternidad: suspensión del contrato de trabajo: riesgo durante el embarazo: requisitos. PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO: beneficiaria: situación objetiva de riesgo e inexistencia de puesto compatible con el estado de la trabajadora: cuidadora de centro de reforma de menores.

El artículo 134 del TRLGSS previene que a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de

Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La aplicación de los preceptos que se dejan transcritos al supuesto sometido al enjuiciamiento de la Sala, lleva a ésta a la desestimación del recurso planteado. Efectivamente, en el hecho probado primero y en el fundamento de derecho también primero de la sentencia impugnada, se dice que las funciones de la trabajadora consisten en la atención a menores con expediente de protección y/o reforma que presenten graves alteraciones de conducta y a menores y jóvenes infractores, «siendo público y notorio la agresividad de estos menores como sujetos de actuaciones que han dado lugar a la comisión de faltas o infracciones de naturaleza penal en las que han de participar los educadores con el fin de disuadirles de tales conductas, actividad que genera un riesgo para el embarazo». Queda claro, pues, que el puesto de trabajo que ocupa la trabajadora conlleva un riesgo importante para su embarazo. Además, según el incombustible hecho probado segundo, no existe en la empresa otro puesto de trabajo compatible con el estado de embarazo en el que se encuentra la demandante ahora recurrida. En consecuencia, la Sala no puede alcanzar otra conclusión que la ya extraída por el Magistrado de instancia, esto es, que la trabajadora recurrida reúne los requisitos exigidos en los artículos 134 y 135 del TRLGSS para poder lucrar el derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo en la cuantía correspondiente.

### **3.B.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

Véanse, por ejemplo las sentencias Dekker, de 8 de noviembre de 1990, Habermann-Beltermann, de 5-5-1994, Mahlburg, de 3-2-2000, Tele Danmark, de 4-10-2001, y la Busch de 27-2-2003.

## **4. CONCILIACIÓN**

### **4.A. LACTANCIA**

#### **4.A.1. Tribunal Constitucional**

#### **4.A.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

STS (Sala de lo Social), de 20 junio 2005 (RJ. 2005/6597): Es lícita la acumulación de las horas de lactancia para su disfrute acumulado a voluntad de la trabajadora en de un mes de permiso retribuido, prevista en convenio colectivo.

S. AN 29-3-2004 (AS. 2004/823): El CC de Aldeasa para los años 2003 a 2006 permite la acumulación del permiso de lactancia en un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del período de alta de la madre con posterioridad, al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses. Progresivamente, el permiso de lactancia se ha ido configurando con una finalidad de prestar atención al hijo, más que de lactancia propiamente dicha. En esta línea de evolución se sitúa el artículo del Convenio Colectivo, que no impide a los trabajadores que lo deseen a acogerse al régimen alternativo de permisos previsto en el art. 37.4 ET, pero sí faculta

para elegir este otro sistema, que amplía el número de horas que corresponden legalmente, y que lejos de contrariar la finalidad del art. 37.4 ET, la potencia y amplía.

S. TSJ. País Vasco 24-4-2001 (2100): no es posible el disfrute del permiso de lactancia por el padre en el supuesto de que la madre sea trabajadora autónoma, por entender, restringido el derecho a favor de la mujer trabajadora en sentido estricto, titular del derecho (art. 37.4 ET). No constituye una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley puesto que la opción legislativa se justifica en atención a la mayor disponibilidad y flexibilidad del trabajo de la mujer autónoma, dadas las notas de ajenidad y de dependencia.

S. Juzgado de lo Social de Barcelona, núm. 1 de 9-1-2002 (1297): la reducción de jornada por lactancia solamente puede aplicarse en caso de realizarse la jornada normal de la trabajadora. De utilizarse la reducción de jornada por razón de guarda legal no cabe a su vez la reducción de jornada por lactancia de hijo, toda vez que ambas atienden a la misma finalidad cuando el hijo es menor de 9 meses.

S. TSJ. Cataluña, de 18-3-2003 (AS. 2003/1955): Es compatible la reducción de jornada por lactancia con la jornada reducida por cuidado de menor ex art. 37.5 ET. partir de la L. 39/99, y la modificación que supuso en la redacción del art. 37.5 ET. al utilizar para referirse a la jornada a reducir la expresión <<su jornada>> frente a la precedente <<jornada normal>>. Ambos derechos, por lo demás, tienen causas, sujetos, efectos y orígenes diferentes.

S. TSJ. Asturias 5-12-2003 (AS. 2004/871): Pretensión del padre de disfrute de permiso de lactancia, siendo la madre trabajadora por cuenta propia (abogada en ejercicio). El art. 37.4 ET atribuye la titularidad del derecho a la madre, por lo que sólo siendo titular del mismo puede cederlo al padre. En este caso, por su condición de abogada en ejercicio queda fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, por lo que al no ser titular del derecho no puede hacer cesión a su marido.

S. Juzgado de lo Social Cataluña, Tarragona, 27-10-2003 (AS. 2003/4137): Parto múltiple. El titular del derecho del art. 37.4 ET es el hijo menor, y como tal, es él el que tiene derecho a su hora completa, sin compartirlo con su hermano, lo cual unido al principio de que el silencio o la oscuridad de la Ley Laboral debe ser interpretado <<in dubio pro operario>>, nos lleva a la conclusión de que lo procedente es atender a cada hijo una hora.

S. TSJ. Canarias/Las Palmas, 22-9-2002 (JUR 2004/25659): El permiso por lactancia es un derecho exclusivo de la trabajadora y sólo subsidiariamente del trabajador, el cual no podrá hacer uso del mismo si la madre no trabaja o fallece. De esta forma, si la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por razón de maternidad, no puede ejercitar el derecho al permiso por lactancia, y, por consecuencia, no podrá ceder el derecho al otro progenitor. Pero en este caso no es de aplicación el Estatuto de los Trabajadores, sino el Pacto entre la Administración Sanitaria de la CCAA y las Organizaciones Sindicales en el Sector, por ser personal estatutario. Y dicho Pacto

atribuye el derecho de lactancia indistintamente al padre o la madre, lo que significa que es compatible el disfrute por el padre mientras la madre disfrute el descanso por parto, que es lo que se cuestiona en el caso examinado, e inclusive aunque la madre no tenga trabajo remunerado, posibilitando de este modo la coparticipación de los hombres en el cuidado de sus hijos.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 163/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 20 febrero (AS. 2006/1137): Permiso por lactancia y jornada reducida por razón de guarda legal. Los dos derechos, el de reducción de jornada de, al menos, un tercio a un máximo de la mitad de la duración de aquella por razones de guarda legal por tener a su cuidado a un menor de seis años, así como en los demás supuestos del artículo 37.5 ET, no tiene ni la misma configuración, ni la misma causa, ni los mismos sujetos que puedan ejercitarlo, ni las mismas repercusiones para la empresa, que el derecho de reducción de jornada por lactancia del artículo 37.4 del ET. El hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la facultad del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, bien porque se tiene un contrato a tiempo parcial, no permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia, pues ello no lo permite, a partir de la reforma de 1999, el propio Estatuto de los Trabajadores en su art. 37, ni (para los trabajadores a tiempo parcial) el art. 12.4.d) del mismo cuerpo legal que consagra el principio de igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, estableciendo como excepción la proporcionalidad que ha de venir establecida por norma legal, o reglamentaria o por Convenio Colectivo.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 1777/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 23 mayo (AS. 2006/3028): Telefónica y mejora por normativa de la empresa del permiso por lactancia. Puede disfrutarlo el padre mientras la madre se encuentra en descanso por maternidad.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia La Rioja núm. 242/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 29 junio (AS. 2006/2172): Despido nulo por discriminación por razón de sexo durante el disfrute del permiso por lactancia: no cabe calificarse de improcedente y, en cualquier caso, despedir inmediatamente después de terminado el descanso por maternidad es indicio suficiente de discriminación. Competencia desleal inexistente y déficits en la carta de despido respecto de los hechos imputados.: insuficiencia.

#### **4.A.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

### **4.B. REDUCCIÓN DE JORNADA**

#### **4.B.1. Tribunal Constitucional**

#### **4.B.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

STS (Sala de lo Social), de 31 enero 2006 (RJ. 2006/2850): Prestación contributiva de desempleo. La base reguladora se calcula conforme al promedio de la cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo, también en el supuesto de reducción parcial de la jornada laboral con anterioridad al cese por guarda legal de un menor.

ATS 8709/2006, 25/04/2006: Ordenación del tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar.- posibilidad de cambiar el turno de trabajo por razones de guarda legal

ATS 10436/2006, 30/05/2006: Reducción de jornada por guarda legal: efectos de cara a la determinación de la base regulación: si el empleador conocía o no el estado del embarazo de la mujer puesto que si lo conociera y a pesar de ello rescindió el contrato bajo la apariencia de que no había superado el periodo de prueba, el cese sería inconstitucional.

ATS 10516/2006, 30/05/2006: Despido nulo por lesión de derechos fundamentales al haberse apreciado la existencia de una situación de acoso moral. Módulo salarial para fijar la cuantía de los salarios de tramitación al haber solicitado la trabajadora una reducción de jornada por guarda legal que no llegó a disfrutar.

S. TSJ. Andalucía/Málaga 22-3-2002 (2614): Reducción de jornada por cuidado de un menor. El trabajador propone una reducción de jornada que supone trabajar en días alternos, motivado por tener su domicilio familiar en Granada y trabajar en Málaga. Rechazada la propuesta por la empresa, la sentencia resuelve que el pedimento instado por el demandante ni permite el adecuado ejercicio de su ocupación laboral, ni posibilita la atención adecuada y conveniente de su hijo, pues, el cuidado de los hijos ha de ser diario como ocurre cuando se reduce diariamente el horario de trabajo, que es lo que contempla el art. 37.5 ET.

S. TSJ. Madrid 15-4-2002 (2007): La limitación por convenio colectivo del disfrute de la reducción de jornada por cuidado de un familiar a aquéllos trabajadores cuyo cónyuge también trabaje está justificada, es razonable y no es contraria ni impide la finalidad de la misma, que es el cuidado de aquél, puesto que parte de que si uno de ellos no trabaja puede ocuparse de tales labores.

S. TSJ. País Vasco, 18-2-2003 (AS. 2003/1777): Discrepancias sobre la determinación del horario en caso de reducción de jornada por cuidado de menor. Frente a la petición de la trabajadora de fijación de horario de mañana, se atiende la pretensión de la empresa de atribución a la actora de horario de tarde dado que en la empresa hay otra trabajadora -a tiempo parcial- que realiza las labores administrativas en turno de mañana y que tiene mayores cargas familiares que la actora, sin que nunca haya tenido ésta horario de tarde; es la solución que provoca menores gravámenes organizativos a la empresa y permite, caso de contrarse sustituto que éste esté acompañado de persona experimentada; y puesto que la trabajadora

no aporta razón de peso que le de una mayor legitimidad a su pretensión frente a la de la empresa.

S. TSJ. Aragón, 27-2-2003 (AS. 2003/1301): Jornada reducida por cuidado de un menor, ex art. 37.5 ET. y complementos salariales. La supresión por Convenio Colectivo del plus de transporte con incremento del salario base, debe considerarse ahora que se devengará en proporción a la jornada efectivamente desempeñada, por ser, precisamente, un concepto salarial y sin que pueda considerarse la existencia de una condición más beneficiosa puesto que lo que concurre es un supuesto de sucesión de Convenios Colectivos. Igualmente, el plus de asistencia, se entiende en principio proporcional a la jornada efectivamente practicada, habiéndose debengado antes completo únicamente por error de la empresa, no generadora, por consiguiente, de condición más beneficiosa.

S. TSJ. Cataluña, núm. 1968/2003 (Sala de lo Social, Secc. Única) de 21-3-2003 (JUR. 2003/30268): Fijación de distribución de jornada en caso de reducción de la misma por cuidado de un menor. En caso de colisión de intereses entre trabajador y empresario deben prevalecer los de aquél. En el caso de autos la disputa se centra en el hecho de que la trabajadora solicita trabajar con jornada reducida de lunes a viernes, en tanto la empresa distribuye la misma de lunes a sábado alegando que en fin de semana aumentan las ventas y clientela. Por el contrario, pesa más en la decisión judicial el horario del padre, que trabaja los sábados mañana y tarde, y el horario del colegio público, que es de lunes a viernes.

S. TSJ. Cataluña 4-4-2003 (AS. 2003/1987): Cálculo de la base reguladora de prestación por incapacidad permanente absoluta. Los períodos de trabajo con jornada reducida por cuidado de un menor ex art. 37.5 ET., deben considerarse, respecto de la jornada reducida, como lagunas de cotización en las que, por no existir obligación de cotizar, se verán integradas por la base mínima equivalente al salario mínimo interprofesional en aplicación del art. 5.5 RD. 1799/85, de 2 de octubre.

S. TS. (sala de lo social) 6-4-2004 (RJ. 2004/5909): La base reguladora de la prestación de desempleo debe calcularse conforme al salario completo y no conforme al reducido correspondiente a la reducción de jornada ex art. 37.5 ET. Esta es la solución más adecuada al conflicto en interpretación finalista, conforme a la dirección tutelar de la familia y la maternidad que ha venido siguiendo el legislador, coherente con la S. TJCE de 18-3-2004 –sobre coincidencia temporal entre el disfrute de vacaciones y baja por maternidad- y con la S. TS. 11-12-2001 –que reconoce como salario adecuado para el cálculo de la indemnización por despido al correspondiente a la jornada completa frente a la reducida en un caso similar-. Y más concretamente, puesto que con el art. 4 L. 4/95, al que se refiere la Disp. Adic. 3ª RD. 1251/2001, se tiene derecho a que la excedencia por cuidado de hijos se conceptúe como paréntesis a efectos de la protección por

desempleo, con lo que con mayor fundamento ha de conservar ese derecho la madre que trabajó aún con jornada disminuida.

S. Juzgado de lo Social, Navarra/Pamplona, 3-7-2003 (AS. 2003/2506): Trabajadora que solicita reducción de jornada ex art. 37.5 ET por atención de menor, en turno fijo de noche de 22,00 a 2,00 horas, siendo ésta franja horaria la más solicitada por los trabajadores con jornada reducida. En tal horario no trabaja el padre de la menor. En caso de colisión de intereses entre trabajador y empresario debe prevalecer aquélla posición que puede considerarse más idónea para la atención del menor, si bien el ejercicio del derecho, deberá estar regido por los principios de buena fe, y no resultar en extremo perjudicial para el empresario.

S. TSJ. Cataluña 23-7-2003 (AS. 2003/2936): Ante la pretensión de continuar con la reducción de jornada del art. 37.5 ET. más allá de los seis años del menor, la sentencia niega el derecho puesto que el segundo párrafo del art. 37.5 ET se refiere a la edad, entendiéndose como edad avanzada. De lo contrario, no se estaría sino dejando sin efecto la limitación de seis años prevista en el párrafo primero.

S. TSJ. Andalucía/Granada 2-9-2003 (AS. 2003/3410): Trabajadora del SAS que solicita reducción de jornada por guarda legal. No resulta de aplicación lo previsto en la Orden de 29 de julio de 1996, puesto que desempeña su trabajo con plaza en propiedad en Administración Especial, como es la sanitaria, y se encuentra integrada en el Estatuto Jurídico del Personal Sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

S. TSJ. Cataluña 27-10-2003 (AS. 2003/4024): Cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo cuando se ha gozado de una reducción de jornada por cuidado de un menor al amparo del art. 37.5 ET. La base reguladora debe calcularse sobre la jornada completa y no sobre las cotizaciones efectuadas durante el período de ejercicio del derecho de reducción de jornada por guarda legal, en base a los siguientes motivos fundamentales. La reducción de jornada del art. 37.5 ET se prevé como una situación transitoria, articulada con la finalidad de proteger a la familia y al menor, potenciadas particularmente a partir de la L. 39/99 así como la protección de la mujer trabajadora, produciéndose un desempleo total y no parcial cuando la relación se extingue, sin posibilidad de recuperación de su jornada originaria (de lo contrario, se haría de mejor derecho a la trabajadora que hubiese optado por la excedencia por maternidad). En esta línea, no es equiparable el trabajo a tiempo parcial a la reducción de jornada en estos aspectos, dado que dicho contrato no obedece al ejercicio de dichas responsabilidades familiares. El art. 37.5 ET no es aplicable a los efectos de Seguridad Social, puesto que el mismo prevé la reducción proporcional del salario, sin que sea extensible en sus efectos al ámbito de las prestaciones de Seguridad Social y del desempleo.

S. TSJ. Galicia 16-1-2004 (JUR 2004/80024): Reconocido por CCU para el PL de las AAPP que en los casos de maternidad o baja por IT la Administración complementará la prestación económica hasta alcanzar el 100%, procede dicho complemento a jornada completa una vez que finaliza la reducción de jornada y hasta el alta médica.

S. TSJ. Cataluña 29-3-2004 (AS. 2267): La trabajadora al reincorporarse tras una baja por maternidad debe hacerlo en el mismo puesto de trabajo dado su derecho de reserva del mismo. Comunicada por la trabajadora en tiempo y forma su deseo de reincorporarse con jornada reducida y en horario de mañana, la empresa obvia cualquier comunicación a la misma, imponiendo el mismo día de su reincorporación un horario

distinto de tarde contrario al derecho de elección de la trabajadora y sin posibilidad de negociación, con lo que la empresa le impide implícitamente la reincorporación. Tal postura de la empresa constituye un despido nulo de conformidad con el art. 55.p.5 ET.

S. Juzgado de lo Social de la Comunidad de Madrid, núm. 35, de 6-5-2004 (AS. 1437): Aún cuando el art. 37.5 ET se refiere a una reducción de jornada, cabe en base al mismo y por las causas en él recogidas la pretensión de cambio de turno, puesto que su interpretación no debe atenerse a un criterio rígido sino de carácter amplio.

S. TSJ. Castilla y León, Valladolid, núm. 398/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 mayo 2005 (AS 2005\1056): DESEMPLEO y reducción parcial de la jornada con anterioridad al cese por guarda legal de un menor. Prestación contributiva: base reguladora: determinación: promedio de las bases de cotización efectivamente practicadas de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo.

S. TSJ. Madrid núm. 481/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 30 mayo 2005 (AS 2005\1523): Discriminación por razón de sexo. Diferencias económicas y disminución de los días de libranza y demás condiciones laborales entre trabajadores-mandos a tiempo completo y con jornada reducida por cuidado de hijos.

STSJ de La Rioja núm. 121/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 2 junio 2005. Jurisdicción: Social. Recurso núm. 119/2005: Reducción de jornada por cuidado de un familiar. Corresponde el proceso ordinario pues lo que se discute es la concurrencia de los requisitos del derecho. No procede pues no queda acreditado que no pueda valerse por sí misma.

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 12 mayo 2005 (AS 1859/2005): Efectos respecto a las prestaciones de Seguridad Social. Determinación de la base reguladora de una trabajadora que en el momento del hecho causante se encuentra en situación de IT cuando está percibiendo prestaciones por desempleo contributivo.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 26 mayo 2005 (AS 1908/2005): Reducción de jornada por cuidado directo de un menor de 6 años o minusválido. efectos: calculo de la prestación por desempleo. Según el TSJ, el cálculo de la prestación, cuando la situación protegida se produce después de un período de reducción de jornada por guarda legal, ha de realizarse aplicando al regla general de cálculo del art. 221.1 LGSS, sin que sea posible tomar la base de cotización que hubiere correspondido por jornada completa.

#### **4.B.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

#### **4.C. SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO**

##### **4.C.1. Tribunal Constitucional**



#### **4.C.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

SS. TS. 28-12-2000 (1882), 20-11-2001 (360/2002), 18-3-2002 (6236) no corresponde al padre el disfrute del descanso por maternidad por ser de titularidad exclusiva de la madre y carecer de aquél al estar excluida del ámbito del ET. y, más en concreto, de la aplicación del art. 48.4 ET.

S. TSJ. Comunidad Valenciana 5-4-2001 (497): la mujer trabajadora autónoma podrá optar por el disfrute por el padre, trabajador por cuenta ajena, de parte del descanso por maternidad, en tanto, aún cuando no sea aplicable el art. 48.4 ET. en términos de suspensión del contrato, sí le es aplicable en sus aspectos vinculados a la protección social prevista en los arts. 133.bis y ss. TRLGSS. En aplicación de la Disp. Adic. Undécima bis del TRLGSS.

S. Juzgado de lo Social de Madrid, núm. 25, 6-2-2002 (1369),. S. TSJ. Madrid 25-4-2002 (1802): la suspensión del contrato de trabajo por maternidad es un derecho reconocido a la madre, siendo ésta la única titular del mismo, en consecuencia, la mujer que carece del mismo -letrada en ejercicio- no puede cedérselo a su cónyuge, sin que la L. 39/99 haya supuesto cambio alguno al respecto.

S. TSJ. Madrid 26-2-2003 (AS. 2003/3015): Supuesto de abogada en ejercicio que opta por ceder al padre el descanso por maternidad, si estar ella en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante. La sentencia niega el derecho del padre a la prestación, puesto que aún cuando el art. 133 bis LGSS al reconocer las prestaciones por maternidad no distingue por razón de sexo y que la disposición adicional 11 bis LGSS reconoce a la trabajadora por cuenta propia prestaciones por maternidad análogas a la trabajadora por cuenta ajena, no puede considerarse que tal protección sea ajena a lo dispuesto en el art. 48.4 LGSS, como se hace evidente por la remisión al mismo del art. 133 bis LGSS. Por consiguiente, ni el art. 48.4 ET, ni las prestaciones otorgadas en la LGSS autorizan que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad. Y al ser ésta la titular del derecho, no cabe en tales casos el disfrute opcional del mismo por el padre. El tratamiento distinto de la titularidad del del derecho a suspensión por maternidad biológica frente a los supuestos de adopción y acogimiento, no constituye una discriminación por razón de sexo o filiación contraria al art. 14 CE, ya que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro son distintos; en el primero prevalece la tutela de la salud de la trabajadora, en tanto en el segundo prevalece la inserción familiar. Tampoco es contrario a la Directiva 96/34 CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, puesto que esta Directiva expresamente excluye de su contenido al permiso de maternidad, y en ninguna ocasión se refiere al permiso de paternidad. Finalmente, los requisitos de alta y asimilación al alta son exigidos respecto de la mujer, como causante del derecho (arts 48.4 ET, 133 bis y ter LGSS), siendo el padre un posible beneficiario.

S. TSJ. Canarias 13-2-2003 (JUR 2003/102092): Se desestima la solicitud de descanso por maternidad por el padre al ser la titular del derecho la madre, y ésta carecer del mismo por ser Letrada en ejercicio por cuenta propia y no serle de aplicación el art. 48.4 ET.

S. TSJ. Baleares 42-3- 2004 (JUR 2004/170885): No cabe interpretarse el art. 48.4 ET en el sentido de que en caso de adopción internacional el disfrute simultáneo por ambos padres deba ser ininterumpido a fin de evitar distorsiones excesivas en el funcionamiento de las empresas, puesto que el empleador consintió dos suspensiones del contrato de trabajo, lo que induce a pensar que no se produjo distorsión alguna. Además esta interpretación provocaría el surgimiento de dos regímenes distintos, según se tratase de adopción internacional o nacional.

#### **4.C.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

S. TJCE 27 octubre 1998, 1998\255 (Boyle):

#### **4.D. PERMISOS**

##### **4.D.1. Tribunal Constitucional**

Pleno. Sentencia 294/2006, de 11 de octubre de 2006

Conflicto positivo de competencias 2637-2001. Promovido por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto del Gobierno vasco 309/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el II Acuerdo con las organizaciones sindicales sobre la modernización en la prestación del servicio público de la Justicia y su repercusión en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Competencias sobre administración de justicia: oficina judicial; coordinadores de área en materia informática y de relaciones con terceros; licencias y permisos por hijo y por visita a parientes. Nulidad parcial de precepto autonómico. Voto particular.

Sala Primera. Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre de 2006

Recurso de amparo 3205-2003. Promovido por doña Cristina Sutil Nesta frente a la Sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pontevedra que desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Marín sobre vacaciones.

Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo (embarazo): pérdida de las vacaciones anuales después del permiso de maternidad por haber terminado el año natural.

##### **4.D.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

S. TS (Sala 1ª) de 7 de abril de 2005: permiso de lactancia de los funcionarios públicos.

S. TS 1735/2006, 28/02/2006: Falta de contradicción en supuestos de permiso por maternidad cedidos en favor del padre.

S. Juzgado de lo Social de Pamplona, núm. 3, 20-6-2002 (AS. 2706): Las parejas de hecho no están incluidas ni equiparadas por el art. 37.3 ET ni por el Convenio Colectivo respecto del disfrute del permiso por matrimonio, siendo la causa que motiva la licencia, no el estado civil sino el acontecimiento de la celebración de la boda o acto nupcial. Tampoco procede en aplicación del principio de no discriminación recogido en el art. 1 y art. 2 de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, puesto que la referencia al ordenamiento jurídico navarro no puede considerarse referida al ordenamiento laboral, sino al civil foral, fiscal y de la Función Pública.

S. TSJ. Cataluña, núm. 235/2003 (Sala de lo Social), de 16-1-2003 (JUR 2003/54761): Despido procedente por trasgresión de la buena fe contractual por disfrutar permiso de tres días, que la actora extiende a cuatro, por enfermedad grave de familiar, dado que no puede considerarse que concurra ésta en las infiltraciones epidurales que se practican a su madre sin hospitalización de la misma.

SS. TSJ. Andalucía/Sevilla 11-3-2003, 27-5-2003 (AS. 2003/2648 y 2003/2667) y 6-5-2003 (JUR. 2003/177167): Permiso retribuido por enfermedad grave de un familiar (hermano). El art. 3.2 de la Circular 15/1986, de 10 de marzo de la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, no puede ser interpretada restrictivamente, de modo que se exija que el permiso solicitado tenga que ser inmediato al ingreso hospitalario del familiar.

S. TSJ. Cataluña, 12-3-2003 (AS. 2003/1948): Permiso por matrimonio, extendido por Convenio Colectivo a las uniones como parejas de hecho inscritas en el Registro público de uniones de hecho. Tal permiso se encuentra sometido a los requisitos del art. 37.3 ET, sin que se haya previsto en CC regulación específica. El preaviso viene exigido del disfrute efectivo del permiso, no de su comunicación anterior a la concurrencia de la causa. La justificación, por su parte, puede ser posterior al disfrute del permiso. La finalidad del común de los permisos del art. 37.3 ET. supone la simultaneidad de la causa y el disfrute del mismo. Sin embargo, en el permiso ahora analizado no se aprecia desnaturalización por su disfrute en fechas posteriores al hecho causante, ni por el hecho de que se comunique la causa tres semanas después, siempre y cuando se produzca dentro de los márgenes de ejercicio legítimo y, teniendo en cuenta que, en tal caso, el causante deja de tener disponibilidad sobre su efectivo disfrute, pasando la misma al acuerdo con el empleador.

S. TSJ. Aragón, 9-4-2003 (AS. 2003/1823): Permisos por enfermedad grave de familiar, previstos en Convenio Colectivo por una duración máxima de 7 días, y cuya duración exacta corresponde al Jefe de Unidad o Director del Centro. Procede atender la petición de prórroga de la interesada por agravamiento de la enfermedad, dentro del máximo previsto en el Convenio Colectivo puesto que la petición fue proporcionada a la necesidad, y sin que la discrecionalidad en su concesión quiera decir que no sea jurisdiccionalmente controlable.

S. TSJ. Comunidad Valenciana 11-4-2003 (JUR 2003/218142): El Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social no comprende al fallecimiento del cuñado entre los que dan derecho a permiso retribuido,

sin que las normas de Régimen Interno del Hospital ... puedan derogar o modificar dicho régimen de permisos retribuidos del personal sanitario no facultativo de la Seguridad Social.

S. Juzgado de lo Social, Navarra/Pamplona 28-5-2003 (AS. 2003/2786): Del Convenio Colectivo se extrae la intención de los negociadores del Convenio de equiparar la pareja estable al cónyuge a todos los efectos y con toda su extensión, por lo que procede el disfrute de dos días de permiso por enfermedad del hermano de su pareja, acreditada la convivencia mediante certificación del Ayuntamiento (padrón de habitantes del municipio; así mismo en hechos probados se recoge que realizan conjuntamente la declaración de la renta, que tienen un libro de familia conjunto donde consta el nacimiento de su hija y cuentas conjuntas). No da pie a recurso de suplicación el ámbito personal de la norma que se debate, puesto que es necesaria una situación real de litigios sobre la cuestión debatida.

S. TSJ. Andalucía/Málaga 27-6-2003 (JUR 2003/275462): Los días de asuntos propios previstos en el convenio colectivo se encuentran específicamente previstos para los trabajadores que en el momento de solicitarlos desarrollan una actividad laboral efectiva. Por consiguiente, no corresponde su disfrute por los componentes de la mesa negociadora, puesto que no prestan servicios efectivos durante el período en que desempeñan sus funciones en la misma.

S. TSJ. Andalucía/Granada 8-7-2003 (AS. 2003/3361): Se desestima la reclamación del trabajador por negativa de la empresa de conceder los días 6 y 7 de junio de 2002 por operación quirúrgica de la madre de su pareja de hecho. La prueba exigida por el Convenio Colectivo para dar efectividad a la convivencia <<mori uxori>> es la de la inscripción en el Registro de parejas de hecho, por cuanto de existir éste, debe encauzarse la prueba a través de tal vía. Y caso de no existir el citado Registro será necesario certificado administrativo de su inexistencia y prueba a través de otros medios. El hecho de que tuviesen dos hijos comunes nacidos seis años antes y una sentencia del 2000 que reconoce su convivencia no es prueba suficiente de que se haya mantenido la misma hasta las fechas discutidas.

S. TSJ. Cataluña 20-9-2003 (JUR 2003/236331): Despido procedente por ausencias injustificadas de trabajadora que se reincorpora tras sus vacaciones 10 días laborables más tarde. No se acredita concurrencia de enfermedad grave de su madre (no deducible ésta de su hospitalización ni de la duración de ésta), ni intervención quirúrgica. Por otra parte, el Convenio Colectivo reconoce un máximo de cuatro días si es necesario el desplazamiento.

S. TSJ. Navarra 22-9-2003 (AS. 2003/4022): Pareja de hecho, que convive desde 1996, solicita licencia por matrimonio o pareja de hecho reconocida en CC, por haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho del Ayuntamiento. El CC establece como fecha del disfrute de la licencia la del hecho causante (matrimonio o situación de pareja de hecho), por lo que constando que conviven desde 1996, no procede el reconocimiento de la misma; de lo contrario, se haría de peor derecho a los trabajadores que contraen matrimonio.

S. TSJ. Asturias 12-3-2004 (JUR 2004/127148): El CC reconoce el derecho de cualquier trabajador de la empresa a dos días de permiso en caso de enfermedad grave o intervención quirúrgica del cónyuge, hijos o padres, incluidos los políticos y hermanos. No conculca este precepto la interpretación que hace la sentencia de instancia de exigir

que la intervención quirúrgica tenga cierta entidad, y la extracción de tres muelas a la hija, bajo anestesia local sin requerir ingreso hospitalario no puede encuadrarse en el concepto de intervención quirúrgica que contempla el CC.

S. TSJ. Madrid 13-7-2004 (AS. 2404): Es improcedente el despido del trabajador basado en ausencias injustificadas cuando éstas derivan de la acumulación de los cinco días de permiso por muerte de familiar con las vacaciones. Los permisos por matrimonio, enfermedad o muerte de familiar no tienen por qué disfrutarse en las fechas inmediatas al evento. En este caso, muerte de familiar, no sólo se justifica el permiso para acudir a las ceremonias sino también para compartir el dolor y trámites burocráticos que suelen dilatarse en el tiempo. Por consiguiente, y dado que el convenio colectivo no lo exige expresamente, no cabe interpretación restrictiva, sino pro operario y atender a la realidad social del trabajador que por ser nigeriano, necesitar de un largo viaje, con escasos medios económicos, razonablemente acumula dicho permiso a sus vacaciones.

S. TSJ. Castilla y León/Burgos 19-7-2004 (JUR 2004/211086): No corresponde disfrutar de dos días de permiso retribuido por nacimiento de hijo de su cuñada al no estar comprendido este supuesto entre los previstos en el Convenio Colectivo, que distingue entre licencia por nacimiento de hijo, que se reconoce sólo al padre, y hospitalización de parientes hasta segundo grado, excluido de este último supuesto porque se produjo con alumbramiento espontáneo, mediante anestesia local y sin complicaciones.

S. TSJ Madrid (Sala de lo Social Secc. 2ª) de 5-4-2005 (AS 2005/755): DESPIDO: calificación del despido: nulo: discriminación, violación de derechos fundamentales y libertades públicas: despido dentro del período de disfrute del permiso de lactancia.

S. TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Secc. 1ª), de 12 de abril de 2005 (JUR 2005/123392): Novación del contrato de trabajo. Determinación del derecho al permiso por lactancia.

S. TSJ La Rioja núm. 122/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 14 junio 2005 (AS 2005\1465): Jornada laboral y días de libre disposición: cómputo a efectos de determinación de jornada ordinaria anual: procedencia conforme se deduce del Convenio Colectivo.

S. TSJ. Madrid núm. 462/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 23 mayo 2005 (AS 2005\1308): Jornada laboral. Permisos por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares: prolongación del plazo legal por desplazamiento: interpretación teleológica; no puede interpretarse como traslado a cualquier otro municipio distinto del de residencia.

STSJ de Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 julio (AS. 2005/3422): Art. 37.3 ET: inexistencia de período de referencia para el disfrute de los permisos establecidos en el mism. Accidente o enfermedad grave de familiar. Cada proceso de hospitalización da lugar a la concesión del permiso, con independencia de que provenga de la misma enfermedad: no cabe vincular la etiología de la dolencia con el número de veces que se puede disfrutar.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 6 octubre (JUR 2006/7183): Licencia por hospitalización del cónyuge. Interpretación del pacto de empresa. Remisión al Convenio Estatal de Artes Gráficas.

STSJ de Castilla y León/Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 diciembre (JUR 2006/28161): Jornada laboral: permiso retribuido por enfermedad grave de un familiar. Interpretación de Convenio: recuperación de horas: improcedencia.

STSJ de Cataluña de 18 enero de 2006 (JUR 2006/88630): Despido procedente por desobediencia en el disfrute de permiso por matrimonio durante más días de los establecidos legalmente en compensación decidida unilateralmente y con oposición de la empresa a compensar días de trabajo que realizó en el período vacacional inmediatamente disfrutado.

STSJ de La Rioja de 6 abril de 2006 (AS. 2006/1642): permiso por ingreso hospitalario de conviviente con el que después del hecho se inscribe como pareja de hecho. El derecho a permiso se extiende a tal supuesto. El despido es improcedente puesto que las ausencias injustificadas se reducen a dos días de los cinco imputados y en aplicación de la teoría gradualista.

STSJ de Castilla y León, Valladolid de 7 abril de 2006 (JUR 2006/1076): permiso para cuidado de familiar hospitalizado. Conforme a la interpretación del convenio colectivo su cómputo debe hacerse por días y no por horas, dado que estas situaciones aleatorias no son equiparables a las previsiones sobre vacaciones.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 4128/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 26 mayo (AS. 2006/2868): No corresponden los permisos retribuidos por fallecimiento del padre de la pareja de hecho en tanto no ha sido recogida la equiparación en el Convenio Colectivo, sino un texto similar al del Estatuto de los Trabajadores. No es inconstitucional este diferente tratamiento jurídico de las parejas de hecho respecto al matrimonio, corresponde al legislador decidir el momento en el que llevar a cabo la eventual equiparación de ambas situaciones

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Burgos, núm. 768/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 julio (JUR 2006/235748): Recuperación de horas no trabajadas por permiso. En caso de fallecimiento de su padre, es obvio que la trabajadora ni tenía ningún interés en la concesión del permiso, ni desde luego el día de disfrute podría ser predeterminado por la misma. Lógicamente y dada la naturaleza distinta en el origen de vacaciones, que de este permiso retribuido, no puede dar lugar a una interpretación idéntica a los efectos de recuperar o no horas de la correspondiente jornada laboral (3 horas que exceden de las 7 que correspondería a jornada teórica de permiso), en que dichas vacaciones o permisos se han disfrutado.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Burgos, núm. 1012/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 octubre (AS. 2006/2958): Permisos por matrimonio: no es extensible a las uniones de hecho inscritas en el correspondiente registro público pues, pese a la equiparación en derechos por el Pacto social, debe entenderse ésta para aquéllos derechos en que concurren los mismos requisitos o motivos de los que deriva el derecho. Despido procedente por ausencias injustificadas: disfrute de permiso por

matrimonio tras haber sido denegado reiteradamente por la empresa, con motivo de la inscripción como pareja de hecho.

#### **4.D.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

### **5.E. EXCEDENCIAS**

#### **4.E.1. Tribunal Constitucional**

Sala Primera. STC 203/2000, de 24 de julio de 2000

Recurso de amparo (núm. 2947/97) promovido por doña María Pilar Martínez Guirado respecto a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que confirmó la negativa del Servicio Andaluz de Salud a declararla en situación de excedencia voluntaria para el cuidado de un hijo.

Estimación de la demanda de amparo. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo derivada de la denegación del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos a una funcionaria interina (STC 240/1999).

#### **4.E.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

#### **4.E.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

S. TJCE 20-9-2007, Kiiski)

### **5. EXTINCIÓN**

#### **5.1. Tribunal Constitucional**

Sala Segunda. STC 20/2001, de 29 de enero de 2001

Recurso de amparo (núm. 2064/98) promovido por doña María del Carmen Molina frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que confirmó su cese como funcionaria interina por el Ministerio de Justicia.

*Estimación de la demanda. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: cese de funcionaria interina a causa de su maternidad (STC 173/1994)*

Sala Segunda. STC 41/2002, de 25 de febrero de 2002

Recurso de amparo (núm. 1203/97) promovido por doña Ana Hernández Belmonte frente a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de un Juzgado de lo Social de Almería que declararon improcedente su despido de la compañía Fels Werker, S.A.

*Desestimación de la demanda de amparo. Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: despido de una trabajadora embarazada, cuando la empresa lo ignoraba.*



Sala Primera. Sentencia 17/2003, de 30 de enero de 2003

Recurso de amparo 1150/99. Promovido por doña Patricia Núñez Pascual frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó parcialmente el recurso del Institut Municipal d'Educació de Barcelona, en litigio por despido.

*Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: extinción de contrato temporal de una trabajadora a causa de su embarazo; prueba y nulidad radical.*

Sala Primera. Sentencia 98/2003, de 2 de junio de 2003

Recurso de amparo 3165/98. Promovido por doña Ana Isabel Guitart Huertas frente a Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su demanda contra la Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid por cese en su puesto de jefe de secretaría.

*Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: cese en un puesto de libre designación por pérdida de confianza, que se debe a su embarazo.*

Sala Primera. Sentencia 175/2005, de 4 de julio 2005.

Derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Alcance de la discriminación por razón de sexo: comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como el embarazo. Vulneración de este derecho por el despido de una trabajadora embarazada al existir correlación entre el conocimiento de su estado en el centro de trabajo y la extinción de la relación laboral.

[Sala Segunda. Sentencia 41/2006, de 13 de febrero de 2006](#)

Recurso de amparo 5038-2003. Promovido por don Paul Ciaccio frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en grado de suplicación, declaró improcedente su despido de Alitalia.

- Vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual: prueba y despido pluricausal.

## **5.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

STS 20/01/2005: Cese de mujer embarazada durante el periodo de prueba

ATS 28/03/2006: Despido por no superación del periodo de prueba de trabajadora en estado de embarazo

ATS 30/05/2006: Despido nulo por lesión de derechos fundamentales al haberse apreciado la existencia de una situación de acoso moral. Módulo salarial para fijar la cuantía de los salarios de tramitación al haber la trabajadora solicitado una reducción de jornada por guarda legal

STS 13/06/2006: Despido de trabajadora embarazada. En este caso no hay contradicción entre las sentencias.

STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 de julio 2006 ([RJ 2006\6653](#)): DERECHO COMUNITARIO: política social: trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE): prohibición de despido: interpretación. DESPIDO NULO: embarazo de la trabajadora: protección frente al despido: el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria. Se desestima el recurso al demostrarse que no existe discriminación por razón de sexo porque no existió conocimiento por parte del empresario del estado de gestación. VOTO PARTICULAR: DESPIDO NULO: no es necesario el móvil discriminatorio, siendo el despido nulo independientemente de que la empresa conociera o no el embarazo..

STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 de julio 2006 ([RJ 2006\8040](#)): DERECHO COMUNITARIO: política social: trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE): prohibición de despido: interpretación. DESPIDO NULO: embarazo o maternidad de la trabajadora: protección frente al despido: el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria. CALIFICACION DE NULIDAD DEL DESPIDO DE MUJERES EMBARAZADAS. El conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria. La exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del art. 55.5.b ET (RCL 1995, 997). Este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal iuris et de iure (art. 385.3 LECiv [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]) del móvil discriminatorio. A diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un tertium comparationis, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora sólo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el art. 55.5.b. ET ha de apoyarse en un "hecho indicio", puesto que si no hay "hecho indicio" no puede haber presunción (art. 385.1 LECiv). En el caso del art. 55.5.b. ET el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto

(irrebatible porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio. VOTO PARTICULAR: la protección dada por el legislador español a la mujer embarazada frente a cualquier despido lo ha hecho con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de aquella situación, y sobre la mera circunstancia de constatar la existencia de un embarazo en la fecha del despido, evitando con ello exigencias probatorias sobre el conocimiento empresarial de tal hecho, y tratando de conseguir que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con el derecho a mantener su puesto de trabajo.

S. TSJ. Madrid 9-2-2001 (1252): Ante un supuesto de extinción de contrato mercantil simulado, no es constitutivo de discriminación el hecho de que la mayoría de los “supuestos” agentes, contratados a través del contrato simulado, sean mujeres, ya que el dato estadístico les es favorable, y dado que también los hombres han sido contratados de tal forma.

S. TSJ. Cataluña 23-10-2001 (A.S. 836): despido nulo por discriminatorio de trabajadora embarazada en período de prueba.

S. TSJ. Madrid 6-11-2001 (A.S. 526): Declara la nulidad del despido de la trabajadora embarazada en aplicación del art. 55.5 ET. y niega, en cambio de forma expresa, su carácter discriminatorio. El despido de la trabajadora se hace con imputación de unas irregularidades del Departamento en que trabaja que no le son en absoluto achacables a ella sola aún cuando participe de ellas. Niega la sentencia la discriminación de la actora por ser reales las deficiencias del departamento y por no ser esa la política de la empresa, evidenciada por no haber tomado represalia alguna respecto de otras trabajadoras en similar situación, como es el caso de la responsable del Departamento de la actora, también madre reciente. No confiere trascendencia, en cambio, al hecho de que la trabajadora comunicase su embarazo a la empresa el 5 de enero de 2001 y que el despido se efectuase el 6 de febrero, como tampoco la cercanía de las fechas en que se casa, se va de viaje de novios y se queda embarazada (todo ello sucede en el plazo de tres meses). Tampoco a la distinta situación posible personal, familiar ni su diversa categoría profesional.

S. TSJ. Madrid 13-11-2001 (A.S. 787): Despido nulo por discriminatorio y modificación de funciones de la trabajadora embarazada. La medida del rendimiento de la mujer durante el embarazo puede no ser fiel reflejo de su rendimiento habitual debido a las alteraciones físicas y psíquicas normales de dicho estado. En la sentencia se valora todo un contexto indiciario de discriminación por razón del embarazo de la trabajadora, a saber: el cambio a funciones de inferior nivel durante su embarazo, fuera del marco del art. 39.2 ET., hecho efectivo después del disfrute por maternidad, y basado en un déficit de rendimiento en un anterior nuevo puesto, con anticipación a la nueva evaluación recomendada por el supervisor y mediando período vacacional; el pliego de cargos y posterior despido se hizo por la empresa un mes después de que la trabajadora se desistiera de su demanda de extinción del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones de trabajo; circunstancias denigrantes concurrentes, como son la de pasar a trabajar en la antesala de la que fue su despacho, compartiendo espacio físico y funciones con la que fue su secretaria, y con mobiliario de calidad inferior.

S. TSJ. Cantabria 29-12-2001 (A.S. 284): procede la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada con independencia de que se conozca tal situación por el

empresario, puesto así corresponde imperativamente en aplicación del art. 55.5 ET. reformado por la L. 39/99, de 5 de noviembre; <<siempre que se produzca un despido estando embarazada la trabajadora, el despido sólo puede ser calificado como procedente, justificado en causas disciplinarias ajenas al embarazo, o nulo>>.

S. TSJ. Madrid 18-2-2002 (A.S. 256): despido nulo discriminatorio de trabajadora en baja por maternidad en aplicación del art. 55.5 ET. y vinculada con sucesivos contratos temporales en fraude de ley.

S. TSJ. Madrid 5-3-2002 (1664): en aplicación del art. 55.5 ET., en redacción dada por la Ley 39/99, es nulo el despido del trabajador que disfruta de reducción de jornada ex art. 37.5 ET por cuidado de sus familiares, fundado en faltas de asistencia derivadas de dicha reducción, permitiendo la empresa la realización de la misma en turno de mañana y modificando la empresa posteriormente el régimen de jornada que venía consintiendo, con impedimento del trabajador de contacto con la empresa por causas atinentes a ésta y demostrativas de su mala fe.

S. TSJ. Galicia 5-3-2002 (636): despido nulo por discriminatorio de trabajadora despedida el mismo día en que pretende reincorporarse tras su período de baja por maternidad. Existen indicios suficientes de la discriminación al ser despedida en la citada fecha, continuar la trabajadora contratada para reemplazarla tras su despido, y la inexistencia de preaviso de extinción de su presunta finalización del contrato temporal.

S. TSJ. Las Palmas/Canarias 22-3-2002 (2002/2666): Los ceses en la actividad fija discontinua no pueden suponer una discriminación por razón de sexo, sino que tienen que estar fundamentados en causa lícita, aún cuando las diferencias entre los ceses del personal femenino y masculino sólo se diferencien en un mes. El relato fáctico tendrá que incluir todos los aspectos de género necesarios al efecto de apreciar si concurre o no discriminación.

S. TSJ. Madrid 3-4-2002 (2002/1832): Las discriminaciones sufridas por razón de excedencia voluntaria derivada del cuidado de un familiar no son enmarcables en la discriminación por razón de sexo, en cuanto son predicables tanto respecto de los hombres como de las mujeres, aún cuando sean éstas mayoritariamente las que siguen haciendo uso de la misma. No obstante, ha de ser proscrita cualquier conducta empresarial dirigida a desconocer o vulnerar tales derechos y discriminación respecto de los trabajadores que no precisan disfrutar de los mentados permisos, lo que es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Se ha producido una discriminación retributiva en el momento en que se congela el sueldo de la trabajadora, fundado pretendidamente en la ausencia de referente para el cálculo del incremento salarial al no existir rendimiento alguno durante el período de excedencia; las facultades de organización y establecimiento de retribuciones del personal con respeto a los mínimos legales y convencionales, está sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y, concretamente, a los arts. 14 CE y 17 ET. Tal discriminación constituye un incumplimiento que ampara la extinción voluntaria e indemnizada del contrato por la trabajadora, con indemnización de los daños morales ocasionados y calculados sobre la devaluación de su salario e incrementos dejados de percibir. Sin que procedan otros añadidos puesto que no se aprecia vejación alguna en la conducta incumplidora de la empresa.

S. TSJ. Cataluña 9-4-2002 (1905): Procede la inversión de la carga de la prueba ex art. 179.2 LPL, por constituir indicios suficientemente razonables la prácticamente absoluta coincidencia temporal entre la comunicación del embarazo y la decisión de despido, así como la absoluta falta de cualquier advertencia anterior en el tiempo, respecto de la insatisfacción de la empresa acerca de los resultados alcanzados por ésta en su trabajo. En cuando a la actividad probatoria del empresario, la sentencia niega valor decisivo al hecho de que halla en la empresa otras trabajadoras con cargas familiares o en situación similar a la empleada, toda vez que la calificación del despido y apreciación de los indicios de discriminación no van a hacerse depender de la existencia de este despido como un supuesto excepcional en la empresa. Por otra parte, en aplicación del art. 55.5 ET. no cabe sino la alternativa de la calificación del despido entre nulo o procedente, sin que se haya demostrado la eficacia legitimadora del despido de los incumplimientos imputados a la trabajadora.

S. TSJ. Cataluña 9-5-2002 (2251): El art. 96 LPL contiene la distribución de la carga probatoria. Sin embargo, no constituye en sí misma discriminación ni indicio suficiente de la misma en el despido improcedente, el pretendido incumplimiento de una preferencia prevista en el CC a favor de la contratación de mujeres a igualdad de méritos y antigüedad –tanto más, cuanto ni siquiera se alega con qué trabajadores varones estaban en igualdad de condiciones-.

S. Juzgado de lo Social de Granada, núm. 1 de 10-5-2002 (1416): la extinción del contrato temporal de la trabajadora embarazada de manera anticipada al máximo previsto en el convenio colectivo constituye un despido discriminatorio que debe ser declarado nulo conforme al art. 10 de la Directiva 92/85/CEE y al art. 55. ET.

S. TSJ. Cataluña 30-5-2002 (2002/1993): Despido nulo de trabajadora embarazada –extranjera no comunitaria con permisos de trabajo y residencia en trámite- y fundado en tales causas discriminatorias al considerarse indicio suficiente de discriminación su comunicación a la empresa con indicación de que no podía realizar sobreesfuerzos debido a su estado.

S. TSJ. Comunidad Valenciana 28-9-2002 (2002/2333): Prueba: en aplicación de la doctrina sentada por el Tco., aportados indicios suficientes de discriminación, no se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de unos hechos motivadores de la medida disciplinaria adoptada y su relación con la entidad de ésta, entendiéndose por “entidad” no que el incumplimiento del trabajador tenga que configurarse como total y pleno –lo que se traduciría en que el despido no pueda sino calificarse de procedente-, sino en que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia. En cuanto al incumplimiento alegado, disminución voluntaria y constante del rendimiento, no se aprecia el incumplimiento aún cuando sí la realidad de una disminución ostensible en las ventas, lo que justifica la declaración de la improcedencia del despido y el rechazo de su carácter discriminatorio. Finalmente, el menor rendimiento no se vincula en este caso a su condición de mujer, puesto que el despido y valoración de las ventas se produce seis meses después de su reincorporación –tras parto y descanso por maternidad-, tiempo suficiente para la recuperación de los resultados y fuera de los plazos precautorios de la L. 39/99.

S. Juzgado de lo Social Algeciras, Cádiz, 28-1-2002 (2001/4271): El Juzgado planteó cuestiones prejudiciales ante el TJCE, resueltas por S. TJCE 4-10-2001. En un supuesto de sucesión contractual temporal sin solución de continuidad fraudulenta con el Ayuntamiento de Los Barrios, declara el Juzgado la nulidad del despido de la

trabajadora en aplicación del art. 10 Directiva 92/85/CE, dado el incumplimiento de España en la adaptación al derecho interno de la Directiva y su eficacia directa en sentido vertical de la misma. Señala, no obstante, dudas sobre la adecuación del art. 55.5 ET, tras su reforma por la L. 39/99, a la citada Directiva, toda vez que ésta impone la prohibición de despido de la trabajadora de forma incondicional y define con claridad y precisión la obligación de los Estados miembros tanto en lo que se refiere a su objeto (prohibición de despido) como a los sujetos protegidos y período que ha de tomarse en consideración (desde la comunicación del embarazo hasta la finalización del período de descanso por maternidad). De esta forma concluye la Sentencia que la norma comunitaria establece para las trabajadoras madres una doble tutela: una protección de alcance general derivada de la prohibición de discriminación por razón de sexo, establecida por la Directiva 76/207; y otra más específica –incumplida por España hasta la L. 39/99- reconocida por el art. 10 de la Directiva 92/85. Finalmente, la pretensión del Ayuntamiento de renovación contractual –tras el referido despido nulo- de la contratación temporal de la actora con un contrato más precario de sustitución por vacaciones tuvo como única causa el embarazo de la trabajadora, lo que constituye una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva 76/207 –que es la aplicable –no así, el art. 10 Directiva 92/85- para los supuestos de no renovación de los contratos temporales fundada en discriminación por razón de sexo-.

S. TSJ. Castilla y León, Valladolid, 26 de enero 2003 (2003/316): trabajadora embarazada de ocho semanas despedida en el período de prueba. No hay indicio de discriminación puesto que la situación de embarazo era desconocida por la empresa y no se deducía de su apariencia física.

S. TSJ. Madrid, de 28-1-2003 (AS. 2003/1515): no se aprecia discriminación en despido de trabajadora embarazada por faltas de asistencia al trabajo, por cuanto no se considera probado que la empresa tuviese conocimiento de su estado de gestación con anterioridad al despido. El embarazo fue diagnosticado como de alto riesgo. El hecho de que sí fuese conocido el mismo por su superior jerárquico con anterioridad al despido, en fechas extremadamente cercanas a la extinción del contrato y sin haberse determinado cómo pudo conocer del mismo, no tiene valor a tales efectos, pues dicho jefe no tiene potestad para despedir, habiendo trasladado éste al departamento de recursos humanos el estudio de dichas ausencias y partiendo de éste departamento la decisión de despedir a la empleada. Desde esta perspectiva se entiende por <<mujer embarazada>>, y aún cuando nuestro Ordenamiento jurídico no exige la comunicación del embarazo a la empresa, dicha comunicación sí adquiere relevancia a los efectos de la tutela prevista en la Directiva 92/85/CEE y del art. 55.5 ET.. La calificación de despido improcedente no viene obstaculizada por el hecho de que la trabajadora estuviese embarazada, dado que el mismo derivó de causas desvinculadas a su estado de gestación, de conformidad con las sentencias TC. 135/1990, de 19 de julio y 21/1992, de 14 de febrero. VOTO PARTICULAR: el art. 55.5 ET. supone una mejora de la Directiva 92/85/CEE, norma de mínimos, no sólo porque no exija comunicación del embarazo, sino porque introduce supuestos de nulidad objetiva, sin que quepa la calificación de improcedencia en el caso de despido de la trabajadora embarazada, sino únicamente la de nulidad como alternativa al despido procedente.

S. TSJ. Aragón, 18-6-2003 (AS. 2003/2224): no cabe apreciar discriminación en la extinción del contrato por desestimiento del empresario durante el período de prueba pactado en el contrato, pues ha quedado acreditado que la empresa desconocía el

embarazo de la trabajadora y sólo se enteró de la situación de riesgo en el embarazo cuando el marido comunicó a la empresa el hecho del aborto, sin que tales situaciones enerven el uso del período de prueba.

S. TSJ. Madrid 16-9-2003 (JUR 2003/260592): Trabajadora despedida a través de despido objetivo del art. 52.c) ET durante el período de lactancia, estando exenta de prestar servicios en las referidas fechas por decisión unilateral de la empresa. La calificación del despido es la de nulidad, al no haberse acreditado la causa del despido, en aplicación del art. 53.4 ET, puesto que la tutela prevista en el mismo durante el período de lactancia no puede eludirse por el hecho de que no se haya podido disfrutar al no prestarse trabajo por decisión de la empresa. Y ello con independencia del móvil discriminatorio o no del empresario, puesto que dicho artículo lo que trata de desarrollar en el ámbito laboral es el art. 39.1 CE, y no tanto la protección de los derechos fundamentales de la persona.

S. TSJ. Madrid 16-9-2003 (AS. 2004/846): El despido de la trabajadora embarazada no puede calificarse como nulo, sino improcedente, dado que no es aplicable al caso el art. 55.5 ET puesto que el empresario, y hasta la propia trabajadora, desconocían el hecho del embarazo en el momento del despido. La calificación de nulidad para el despido de la trabajadora embarazada es directa transposición del Derecho Comunitario, conforme al cual, trabajadora embarazada es aquélla que en esa situación, comunique su estado al empresario. Nuestro Ordenamiento no exige comunicación del estado de embarazo al empresario, permaneciendo el embarazo en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora, pero la ausencia de comunicación y desconocimiento real del mismo por el empresario supone la no activación de la protección legal. Tampoco se aprecia hostigamiento de la trabajadora, sino desencuentros entre ésta y el empresario, a consecuencia de las reiteradas ausencias justificadas a partir de su anterior maternidad. Voto particular: tanto de la clara dicción del art. 55.5 ET, impone que se interprete conforme al sentido propio de sus palabras (art. 3 Cciv), como del principio pro operario, se extrae que dicho artículo introduce una causa de nulidad objetiva del despido, siendo indiferente la intencionalidad discriminatoria o no del empresario y, consiguientemente, el conocimiento del hecho del embarazo. Este art. 55.5 ET supera así los niveles mínimos de la Directiva 92/85, lo que en términos generales reconoce la exposición de motivos de la LCVF, siendo su objetivo de más amplio alcance, cual es la tutela de la familia.

S. TSJ. Canarias/Las Palmas 9-12-2003 (AS. 2004/416): Es nulo por discriminatorio el despido de la trabajadora embarazada y producido, en período de prueba, dos días después de ser conocido el hecho por la empresa al incurrir la trabajadora en IT. A la vista de tales datos, concurren indicios suficientes para presumir la discriminación, sin que haya sido desvirtuada por la empresa. Por lo demás, el período de prueba en que se encuentra la trabajadora en el momento del despido es nulo, puesto que prestó servicios para la empresa con anterioridad, sin que, en cualquier caso, esta extinción pueda vulnerar derechos constitucionales ni, en caso de alegarse dicha infracción, limitarse al ejercicio del pacto, sino que concurren razones suficientes distintas del embarazo, que justifican la decisión empresarial.

S. TSJ. Cataluña 26-2-2004 (AS. 1708): Se aprecian indicios suficientes de causa discriminatoria por razón de sexo en el despido de la trabajadora producido al día siguiente de la baja laboral motivada por el aborto de la trabajadora. Si bien en la sentencia de instancia no se declara que la empleadora conociese el motivo de la baja

laboral, tampoco es necesaria su comunicación al pertenecer al ámbito de la intimidad de la trabajadora como reconoce la S. TJCE 4-10-2001. La directiva 76/207/CEE protege incluso otras muchas situaciones relacionadas con el embarazo, como es la del despido provocado por ausencias a consecuencia de la incapacidad laboral de la trabajadora motivada por trastornos relacionados con el embarazo cual es el caso de autos.

S. TSJ. Andalucía/Sevilla 13-5-2003 (JUR 2003/163278): Trabajadora interina embarazada que sustituye a titular también embarazada, siendo el embarazo de ambas por las mismas fechas. Tras alta de la titular se extingue el contrato de la interina, siendo nuevamente dada de baja por recaída la primera, sin llegar a reincorporarse al trabajo por mediar entre el alta y la recaída dos días de descanso. Ante las quejas provocadas por el hecho de que una trabajadora embarazada fuese sustituida por otra también embarazada y en similares fechas, se instruye información reservada, en el que la propia instructora deja constancia de sus dudas sobre la licitud del cese. La titular es sustituida por otro interino, al que corresponde la misma por el orden de la bolsa de contratación. En este supuesto concurren circunstancias suficientes como para apreciar indicio de discriminación, inversión de la carga de la prueba, aún cuando se trate de la Administración. El cese no puede ampararse en el alta médica sin reincorporación efectiva, por no ser más que una causa aparentemente extintiva en el caso, aflorando la realidad de que se buscó la conveniencia organizativa de extinguir el nombramiento de la actora para nombrar un tercero.

S. TSJ. Cataluña 26-2-2004 (AS. 1708): Es nulo el despido de trabajadora embarazada que se produce al día siguiente de su baja por amenaza de aborto, siendo conocido por la empresa su estado y, acreditados los indicios discriminatorios, el empresario no logra acreditar las imputaciones de la carta de despido para justificar la procedencia de la sanción extintiva (art. 53.4.4º ET).

S. TSJ. Galicia 13-4-2004 (JUR 171543): Es nulo el despido de trabajadora embarazada que se produce al día siguiente de su baja por amenaza de aborto, siendo conocido por la empresa su estado o debido conocer por resultar del parte de baja. No puede considerarse que el contrato temporal de obra o servicio determinado terminaba en tal fecha, pues el contrato es realmente indefinido al carecer su objeto de sustantividad y autonomía propias dentro de la actividad de la empresa.

S. TSJ. Madrid 18-5-2004 (AS. 2321): No se aprecia discriminación por razón de sexo en la inclusión de la trabajadora embarazada en el proceso de individualización del despido colectivo, toda vez que se ha seguido un criterio estrictamente objetivo siguiendo una serie de criterios supervisados por la Comisión Paritaria de Seguimiento y que han conducido a la determinación de la actora como trabajadora con competencia excedente y con puntuación más baja. No cabe interpretar que la indicación de <<embarazada>> junto al nombre de la trabajadora en la relación nominal de afectados constituya un indicio de discriminación por razón de sexo, dado que ello se justifica porque tal circunstancia importa a los efectos de la indemnización adicional que corresponde a los trabajadores por cada hijo menor de 18 años.

S. TSJ. Galicia 5-7-2004 (AS. 2371): Se aprecian indicios de discriminación por el sólo hecho de la fecha del despido objetivo, justamente el día después de que finaliza el período de la suspensión del contrato por maternidad porque parece que con ello se está evitando o impidiendo que la actora pueda hacer uso de los permisos de los arts. 37.4 y 46 ET.. El despido es nulo puesto que la empresa no acredita que el despido objetivo sea razonable y ajeno a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se acredita la



necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo de la actora por causas económicas, ya que las pérdidas y la situación negativa en la empresa las sufren desde el año 2000, lo que no ha impedido contrataciones posteriores y es discriminatorio porque se prescinde de la actora y contrata a otra en su lugar por el solo hecho de haber dado a luz.

S. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Secc. 2ª), de 5 de abril 2005: Despido: calificación del despido: nulo: discriminación, violación de derechos fundamentales y libertades públicas: despido dentro del período de disfrute del permiso de lactancia.

S. TSJ de Extremadura (Sala de lo Social, Secc.1ª), de 26 de mayo de 2005 (JUR 2005/133615): despido trabajadora temporal por embarazo.

STSJ de Canarias/ Las Palmas (Sala de lo Social), 29 mayo 2005 (AS 1728/2005): Discriminación por embarazo. Indemnización. Para poder solicitar la indemnización adicional por lesión de derechos fundamentales en caso de despido por embarazo, se debe probar la existencia de daños morales.

STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 10 junio 2005 (AS 1356/2005): Despido nulo de una trabajadora embarazada. Según el TSJ es indiferente que el empresario conozca o no el embarazo, e incluso que lo sepa la trabajadora en el momento del despido, y es por tanto irrelevante el móvil del empresario.

S. TSJ. Castilla-La Mancha, de 2-6-2005 (JUR 2005/137396): Límites al despido durante el período de prueba: no se puede hacer valer por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental. Discriminación por razón de sexo: prueba. Nulidad del despido de la trabajadora embarazada.

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 junio 2005 (AS. 2005/2421): Despido nulo de la trabajadora embarazada. Es independientemente de que la empresa conociera o no el embarazo sin que sea necesario el móvil discriminatorio.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 septiembre (AS. 2005/3617): Despido nulo o procedente. Trabajadora que ha solicitado reducción de jornada por cuidado de hijo menor. Falta imputada no demostrada: declaración de nulidad.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 septiembre (AS. 2005/3634): Despido nulo por constituir una discriminación por razón de sexo: extinción del contrato por embarazo. Prueba: que la empresa procediera al despido al tener conocimiento de trastornos y la previsión de un posible embarazo de la trabajadora constituyen el indicio necesario para desplazar a ella la carga de la prueba.

STSJ de Baleares (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 septiembre (AS. 2005/3305): Despido nulo. Art. 55.5 ET reformado por Ley 39/1999, de 5 noviembre: no exige que el despido obedezca al hecho de encontrarse en las situaciones previstas, sino que basta con hallarse en dichas situaciones. Existencia: trabajadora embarazada que ha solicitado reducción de jornada por guarda legal al amparo del art. 37.5 ET.

STSJ de La Rioja (Sala de lo Social), de 11 octubre (AS. 2005/2894): Resolución de contrato durante período de prueba estando la mujer embarazada y siendo este hecho conocido por el empresario. Límites: el cese basado en el embarazo de la trabajadora es discriminatorio y el despido nulo.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Región de Murcia núm. 1077/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 6 noviembre (JUR 2006/14990): Despido nulo de trabajadora embarazada por discriminación por razón de sexo. Habida cuenta de que en la fecha de baja en Seguridad Social de la trabajadora por expiración del tiempo de duración del contrato, ésta se hallaba embarazada "en curso de gestación", y por tanto, el despido -pues así lo considera el Juzgador, al entender haberse celebrado el contrato en fraude de ley, y ser por tanto de duración indefinida-, no puede reputarse simplemente de improcedente, sino de nulo, al ser indudable que el empresario conocía la situación de embarazo de la actora, e incluso aún cuando no la conociera, dada la forma en que aparece redactado el artículo 55.5.b) ET, pues basta que el despido tenga lugar durante el periodo de embarazo para que éste, sin más, se reputa nulo.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 noviembre: Reducción de jornada por cuidado de hijo menor. El despido sólo podrá ser calificado de nulo o procedente.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 24 octubre (AS. 2006/216): Despido nulo, por ser discriminatorio por razón de sexo: resolución de contrato durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 24 octubre (AS- 2006/217): Derecho a la intimidad: lesión del derecho: desestimación: registro de los efectos particulares del trabajador: medida idónea para la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada. Despido pluricausal con panorama indiciario de discriminación por razón de sexo. Es un despido disciplinario procedente con apropiación de productos de la empresa.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 26 octubre (AS. 2005/3395): Contrato de interinidad por sustitución de trabajadores. Cese que constituye despido por no reincorporación de la sustituida, trabajadora en situación de excedencia por cuidado de menor. Despido nulo constitutivo de discriminación por razón de sexo: extinción de contrato temporal de trabajadora interina embarazada en tanto persiste la causa origen de la sustitución dándole el trabajo a otra.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Extremadura núm. 594/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 26 septiembre (AS. 2006/3128): Prueba en procedimiento de tutela de derechos fundamentales: la inversión de la carga de la prueba se produce a partir de la apreciación de indicios de discriminación, que no son identificables con la mera sospecha. La decisión de cesar a la trabajadora demandante tres meses después de que accediera a la reducción de jornada por cuidado de su hijo inmediatamente al terminar la suspensión del contrato por su embarazo, ha de considerarse indicio suficiente de que la medida ha obedecido a un motivo discriminatorio. Despido nulo: pues la pretendida extinción de contrato temporal celebrado en fraude de ley no prueba que exista causa extraña a la lesión del derecho fundamental.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia La Rioja núm. 242/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 29 junio (AS. 2006/2172): Despido nulo por discriminación por razón de sexo durante el disfrute del permiso por lactancia: no cabe calificarse de improcedente

y, en cualquier caso, despedir inmediatamente después de terminado el descanso por maternidad es indicio suficiente de discriminación. Competencia desleal inexistente y déficits en la carta de despido respecto de los hechos imputados.: insuficiencia.

STSJ de Canarias, Las Palmas, de 14 marzo de 2006: la sucesiva contratación administrativa con la trabajadora es irregular pues la relación es laboral e indefinida. Su cesación estando embarazada y con conocimiento de dicho estado por el servicio canario de empleo constituye despido nulo, y ello aún cuando no se conociese en aplicación del art. 55.5 ET.

STSJ de Cantabria de 22 febrero de 2006 (AS. 2006/371): Discriminación por razón de sexo. Despido nulo por discriminación por razón de sexo, sin que sea óbice a la aplicación del art. 55.5 ET que no se hubiese solicitado aún en el momento del despido el disfrute del permiso por lactancia, dado que dicha falta de solicitud se debe a encontrarse la mujer en período de vacaciones subsiguiente a su baja por maternidad.

STSJ de Canarias, Las Palmas de 20 febrero de 2006 (AS. 2006/1302): Nulidad de la cláusula de período de prueba fijada conforme al convenio de empresa por tener una duración superior a la establecida en convenio colectivo sectorial vigente y anterior al de empresa. Mujer embarazada e inversión de la carga de la prueba. Despido nulo por discriminación por razón de sexo en la resolución de contrato durante período de prueba siendo la cláusula contractual declarada nula e inexistente.

STSJ de Comunidad Valenciana de 31 enero de 2006 (AS.2006/1012): Discriminación e inversión de la carga de la prueba. alegación de una decisión o práctica empresarial lesiva del derecho fundamental: Discriminación por razón de sexo de trabajadora embarazada con cese de contrato indefinido estando casi agotado el período de prueba, una vez conocido su estado en el centro de trabajo –aún sin comunicación expresa– siendo por lo demás apreciable una secuencia cronológica de los hechos. Inexistencia de pruebas verosímiles que acrediten otras causas motivadoras del despido. El despido es nulo.

STSJ de Madrid de 31 enero de 2006 (AS.2006/1461): Despido nulo por discriminación por razón de sexo, también debe entenderse en caso de bajas derivadas de interrupción del embarazo.

STSJ de Madrid de 24 enero de 2006 (JUR 2006/98497): Despido nulo de trabajadora embarazada. Inversión de la carga de la prueba.

STSJ de Navarra de 20 enero de 2006 (JUR 2006/1083): Diferencias entre caducidad y prescripción. Derecho a utilizar los medios de prueba, no es ilimitado. Mujer embarazada y protección frente al despido. Despido nulo: independientemente de que la empresa conociera o no el embarazo: no es necesario el móvil discriminatorio.

STSJ de Cataluña de 19 enero de 2006 (JUR 2006/84419): Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley. Despido nulo por discriminación por razón de sexo de transexual.

STSJ de Extremadura núm. 36/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 enero (JUR 2006/54471): Despido nulo: discriminación, violación de derechos fundamentales y

libertades públicas: discriminación por razón de sexo: embarazo o maternidad de la trabajadora.

STSJ de Cataluña de 11 enero de 2006 (AS. 2006/804): Despido nulo de trabajadora embarazada vinculada con contratos temporales fraudulentos y con conocimiento por la empresa de su estado de gestación.

STSJ Comunidad de Madrid núm. 549/2006 (Sala de lo Social, Sección 2), de 27 de junio (AS 2006\3321): Así, pues, a la luz de la nueva redacción dada por la [Ley 39/1999, de fecha 5 de noviembre \(RCL 1999, 2800\)](#), al artículo 55.5 del [RDL 1/1995, de 24 de marzo \(RCL 1995, 997\)](#), es nulo el despido de la trabajadora recurrida, practicado por la mercantil Aldeasa, SA al estar disfrutando del permiso previsto en el artículo 37.5 del mismo cuerpo legal para el cuidado de un menor (Hecho Probado Décimo Segundo), y los efectos han de ser los prevenidos en el citado artículo 55.6, es decir, la readmisión inmediata de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir.

STSJ Comunidad de Madrid núm. 549/2006 (Sala de lo Social, Sección 2), de 27 de junio (AS 2006\3321): Despido disciplinario durante la reducción de jornada: , a la luz de la nueva redacción dada por la Ley 39/1999, de fecha 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), al artículo 55.5 del RDL 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997), es nulo el despido de la trabajadora recurrida, practicado por la mercantil Aldeasa, SA al estar disfrutando del permiso previsto en el artículo 37.5 del mismo cuerpo legal para el cuidado de un menor (Hecho Probado Décimo Segundo), y los efectos han de ser los prevenidos en el citado artículo 55.6, es decir, la readmisión inmediata de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir.

STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1828/2006 de 19 diciembre (AS 2007\1749): DESPIDO NULO: discriminación por razón de sexo: trabajadora embarazada: conocimiento por la empresa.

### **5.3 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

## **6. PROMOCIÓN PROFESIONAL Y OTROS**

### **6.1. Tribunal Constitucional**

Sentencia 182/2005, 4 de julio de 2005 (Sala Primera)

Recurso de amparo 2447-2002. Prohibición de discriminación por maternidad: implica la limitación de potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo de vicisitudes de la relación laboral. Protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadores ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales.

*Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: postergación profesional de una trabajadora a causa de sus embarazos y maternidades.*

Sentencia 84/2006, de 27 de marzo de 2006 (Sala Primera)

Recurso de amparo 2454-2001. Promovido por el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General de Trabajo (SFF-CGT) en relación con las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que desestimaron su demanda contra Renfe en conflicto colectivo sobre el uso de falda en el uniforme.

*Alegada vulneración de los derechos a no ser discriminada por razón del sexo y a la intimidad personal: extinción del recurso constitucional de amparo por satisfacción extraprocesal de la pretensión.*

## **6.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

S. TSJ. Madrid 20-12-2001 (A.S. 672/2002): Sobre promoción profesional, y ante una pretendida discriminación indirecta de las mujeres de la sección de Empaquetado-Embalaje y Empastado, niega la misma atendiendo a que las actrices disfrutaran de unos salarios superiores a los fijados por el Convenio Colectivo para la categoría pretendida y a que de las promociones llevadas a cabo en el conjunto de la empresa no deduce desequilibrio proporcional entre hombres y mujeres. El procedimiento adecuado no es el de la protección de los derechos fundamentales sino el ordinario, por ser un problema de clasificación profesional -legalidad ordinaria-, mediando pretensión o controversia real y actual.

STSJ de Madrid núm. 445/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 mayo 2005 (AS 2005\1379).Jurisdicción: Social.Recurso de Suplicación núm. 42/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Torres Andrés. Cambio de centro de trabajo a petición propia: denegación motivada por la exigencia de que en cada turno de trabajo existan operarios de ambos sexos para las labores de limpieza de los vestuarios de hombres y de mujeres. Discriminación indirecta por razón de sexo.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 septiembre (AS. 2005/3080): Reducción de jornada por cuidado de hijo menor tras su incorporación tras la baja de maternidad. La modificación de funciones de encargada a dependienta y reducción del plus de responsabilidad no tienen causa lícita alguna, con lo que se vulnera el

principio de legalidad y constituyen una discriminación que debe dar lugar a indemnización.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 septiembre (AS. 2005/2585): Reducción de jornada por cuidado de hijo menor. La modificación de funciones de encargada a dependienta y reducción del plus de responsabilidad no tienen causa lícita alguna, con lo que se vulnera el principio de legalidad y constituyen una discriminación que debe dar lugar a indemnización.

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 24 octubre (AS. 2005/3346): Derecho a la no discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de su formación profesional de la trabajadora que se reincorpora tras baja maternal: psicóloga a la que injustificadamente se le asignan tareas de administrativa en el reajuste empresarial; constituye discriminación.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 796/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 6 septiembre (AS. 2006/2633): La discriminación por razón de sexo incluye tanto la discriminación directa como indirecta. Promoción profesional y exigencias de aptitud y competencia en relación con el puesto vacante: impacto adverso en el colectivo femenino por exigir una determinada competencia en términos de conocimiento y experiencia en el manejo de los productos clorados y sobre las instalaciones de cargue de los mismos, así como los riesgos que puede conllevar su manipulación y, al igual que sucedió en anteriores procesos. Este ha sido un criterio selectivo acordado en el marco del proceso de negociación colectiva para favorecer el empleo estable, cuya auténtica finalidad no ha sido discriminatoria sino la de estabilizar el empleo, a través de la contratación preferente, de trabajadores vinculados temporalmente con la empresa.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Foral de Navarra núm. 137/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 30 mayo (AS. 2006/2025): Discriminación por razón de sexo y promoción profesional: impedir el acceso de las trabajadoras de la sección de cosido a la de montaje

### **6.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

## **7. PROTECCIÓN SOCIAL**

### **7.A. PROTECCIÓN POR MATERNIDAD**

### **7.A.1. Tribunal Constitucional**

### **7.A.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

S. TS. 25-4-2002 (7888): Prestación por maternidad. Trabajadora en RETA, que sin solución de continuidad pasa de IT, con percibo de prestaciones, a maternidad, estando de baja en el RETA con precedencia a dicho momento. Se encuentra en situación asimilada al alta durante los 90 días siguientes a la baja en el RETA, en aplicación del art. 29 D. 2530/70, de 20 de agosto, sin que pueda considerarse que dicha asimilación se refiera exclusivamente a las prestaciones expresamente previstas en el art. 27 del referido Decreto, ni que se vincule a la suscripción de Convenio Especial.

S. TS. 5-5-2003 (RJ. 2003/4418): Acogimiento preadoptivo múltiple, obtenido el 26 de abril de 1999, de dos menores de edad superior a 9 meses e inferior a 5 años. La duración del subsidio debe ser la de seis semanas y no la de 18. Siendo la norma aplicable la vigente en el momento del hecho causante (Ley 13/1996), corresponde dicha duración, sin que estuviese entonces contemplada, por lo demás, el acogimiento o adopción múltiple. Tal omisión no puede interpretarse como una laguna involuntaria del legislador, sino fruto de una regulación consciente que progresivamente ha sido mejorada, según se extrae de la evolución normativa de la misma, realizada además a través de normas con rango de Ley.

ATS 11134/2006, 01/06/2006: La remisión efectuada por la disposición adicional undécima bis de la Ley General de la Seguridad Social a los términos y condiciones establecidos en el capítulo IV bis ("Maternidad") del título II de dicho texto legal no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación de asimilada al alta de los artículos 29 del Decreto 2530/1970 y 36.1º.15 del Reglamento de Actos de Encuadramiento.

S. TS. 16-11-2006 (RJ 2006\9219): MATERNIDAD: base reguladora de la prestación: para la determinación del concepto retributivo que no tiene carácter periódico se aplica el criterio de «anualización» y no el de «mensualización».

S. TSJ. Cataluña 6-3-2002 (publicada en Relaciones Laborales, núms 15 y 16, 2002, y en Aranzadi Social, 1564/2002): el acogimiento simple no está equiparado al acogimiento permanente o preadoptivo a efectos del derecho a la prestación de maternidad, toda vez que no está incluido en los arts. 48.4 ET., 133 bis, LGSS, 2 RD. 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, y la disp. adicional 2ª L. 12/2001, de 19 de julio.

S. TSJ. Cataluña 13-3-2002 (publicada en Relaciones Laborales, núms. 15 y 16): El acogimiento simple igualmente está excluido de la unidad económica de convivencia a efectos del acceso a la jubilación no contributiva puesto que como exigían los arts. 137 bis.4 LGSS. y 144.2 LGSS. 1994, la unidad económica está formada por personas unidas en matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.

S. TSJ. Murcia 29-4-2002 (1834): Trabajo a tiempo parcial. No cabe computar a efectos de periodo de carencia de prestación por maternidad más de las dos pagas extraordinarias obligatorias. De lo contrario, las mejoras voluntarias salariales fijadas por Convenio Colectivo harían de mejor derecho -modificando por voluntad de los particulares las normas de Seguridad Social- a quienes disfrutasen de las mismas, con independencia de los efectos que se deriven en el cálculo de la base reguladora.

S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-1-2003 (JUR 2003/74054): Conforme al art. 9.5 Cciv. en relación con el art. 176 del mismo cuerpo legal, la adopción en el extranjero por adoptante español no se constituye hasta que el Cónsul español la aprueba y manda inscribir en el Registro Civil. No es de aplicar el Convenio de la Haya por no haber sido reconocido por Bulgaria, lo que significa que el Cónsul español debe calificar la resolución judicial extranjera, cual previene la Adicional 2ª del la Ley del Menor, Ley Orgánica 1/86, de 15 de enero, así como que su decisión de inscribir la adopción constituye la resolución aprobatoria de ésta que da derecho (y es la fecha de referencia) a iniciar el descanso por maternidad (art. 48.4 ET) y no el día de la resolución judicial.

S. TSJ. Cataluña 21-11-2001 (143): ) niega el subsidio especial por parto múltiple del Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, que establece determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, a la mujer que adopta a la vez y el mismo día a tres hijos, dos de ellos menores de seis años. La argumentación del Tribunal se fundamenta en el tenor literal de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley referido, en que exclusivamente se refiere a <<parto múltiple>> y no a la <<maternidad, adopción y acogimiento>> a que se refiere la L. 39/99. La omisión se hace con plena consciencia, sin que pueda considerarse fruto de un olvido, precisamente por la atención que tales equiparaciones han merecido en la referida -y cercana a la cuestionada norma- Ley de conciliación. Consiguientemente, el objeto de la norma no es la protección de la familia, sino exclusivamente el parto múltiple puesto que sólo éste supone tener varios hijos a la vez de forma imprevista, ajena al control de los padres, lo que supone una diferenciación objetiva que supone una justificación razonable del trato desigual que elude su inconstitucionalidad por trato desigual.

S. TSJ. País Vasco (Sala de lo Social, Sección Única), de 8-4-2003 (JUR 2003/150402): No corresponde el subsidio especial por parto múltiple



en el caso de adopción (de tres menores), puesto que no se está en presencia de un parto múltiple, lo que chocaría con el RD-L 1/2000 y su desarrollo por RD. 1368/2000.

S. TSJ. Murcia 28-4-2003 (AS. 2003/3034): No procede prestación familiar por **parto múltiple** en el caso de la adopción de dos menores, puesto que el RD. 1368/2000, de 19 de julio, que desarrolla tal prestación reconoce como beneficiarios de la misma al padre o madre naturales, sin equiparación de la adopción, y sin que pueda tampoco equipararse la situación a la de los menores que son huérfanos de padre y madre o están abandonados, puesto que para ello es preciso que, si el nacimiento se ha producido en el extranjero, el nacido vaya a integrarse de manera inmediata al nacimiento en el núcleo familiar con residencia en España, y es lo cierto que ese núcleo familiar debe ser el natural, lo cual no concurre, y tampoco se da la inmediatez puesto que entre la adopción y el mayor de los menores adoptados median más de cuatro años. No hay quiebra constitucional puesto que la valoración social de estas normas debe hacerse en el marco de nacimientos o partos múltiples creador de un vínculo natural y no adoptivo.

S. TSJ. Murcia 30-6-2003 (JUR 2003/178942): Sentencia que niega el derecho a prestación familiar por parto múltiple por cuanto el RD. 1368/2000, de 19 de julio, no cabe tal prestación si el vínculo que se crea entre adoptados y adoptantes no es de filiación natural, no pudiéndose equiparar tampoco la situación a la de los menores que son huérfanos de padre y madre o están abandonados, en cuyo caso el beneficiario sería la persona que legalmente les represente y se haga cargo de los mismos, puesto que para ello es preciso, si el nacimiento se ha producido en el extranjero, que se integre de manera inmediata en el núcleo familiar con residencia en España. VOTO PARTICULAR: Procede la prestación solicitada por cuanto: el RD. 1368/2000 no vincula el derecho a la prestación al hecho del parto biológico, sino que lo concibe como una ayuda económica al núcleo familiar que se hace cargo de los niños; el RD. 1368/2000, de 19 de julio, no exige para causar derecho a la prestación por parto múltiple el hecho fisiológico del parto, sino a la integración en el núcleo familiar; la inmediatez en la integración familiar debe interpretarse racionalmente, puesto que no se fija plazo concreto –en el caso, entre el nacimiento de uno de los menores y la sentencia firme que concede la adopción median aproximadamente 15 meses por lo que la inmediatez es evidente.

S. TSJ. Cataluña 11-6-2003 (JUR 2003/183729): El RD. 1368/2000 incluye expresamente en su art. 7 a los nacimientos producidos en el extranjero, cuando los nacidos vayan a integrarse de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en España, norma con la que se trata de salvar la limitación del RD-L 1/2000 que se refería exclusivamente a parto múltiple, sin que incurra por ello en desarrollo del mismo ultra vires, por constituir una interpretación amplia de dicho concepto admisible respecto de una prestación a través de Real Decreto con objeto de paliar el olvido de la norma que desarrolla. Consiguientemente procede el cambio de criterio mantenido en

sentencia anterior y reconocer el derecho a la prestación familiar por parto múltiple también en los casos de adopción.

S. TSJ. País Vasco, 7-1-2003 (AS. 2003/1481): Maternidad que sigue sin interrupción a IT iniciada antes de causar baja en el REA. La trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta a los efectos de la prestación de maternidad en aplicación de la Disp. Adic. Undécima LGSS, art. 29 D. 2530/1970 y el art. 69.1 OM. 24-9-1970. Concretamente respecto del referido art. 29 D. 2530/1970, hay que tener en cuenta que, aún cuando no se refiera a la maternidad, en el momento de entrada en vigor del precepto reglamentario no existía la autónoma prestación de maternidad, sino que se incluía en la ILT.

S. TSJ. Cataluña, núm. 269/2003, de 17-1-2003 (JUR. 2003/54817): Procede el reconocimiento de prestación por Incapacidad Temporal y posteriormente prestación por maternidad cuando la IT comienza en despido declarado nulo por sentencia firme durante los días en que correspondan salarios de tramitación, en aplicación de doctrina judicial ya consolidada.

S. TSJ. País Vasco, de 21-1-2003 (AS. 2003/1927): Trabajadora de alta en el RETA, que tras iniciar IT causa baja en dicho Régimen y pasa, sin interrupción, a situación de maternidad. Debe considerarse en situación asimilada al alta en aplicación del art. 9.4.2ª RD. 1251/2001, de 16 de noviembre, extendido a todos los regímenes por su art. 1.1. Por el contrario, el art. 29.1 D. 2530/1970, de 20 de agosto, no es de aplicación, pues el mismo se refiere a la firma de convenio para causar prestaciones futuras, y en este caso se trata de prestaciones que se devengan en el mismo período de los 90 días y por un concepto distinto, pero anudado al de IT por enfermedad común que se le venía abonando por la Seguridad Social.

S. TSJ. Cantabria, 26-2-2003 (AS. 2003/2313): Trabajadora en el RETA que, tras percibir subsidio por IT, y causar baja en dicho período en el Régimen, pasa a descanso por maternidad sin solución de continuidad. Debe considerarse que la trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, siguiendo el criterio de la S. TS. 29-4-2002 (RJ. 2002/7888), máxime si se encuentra dentro de los 90 días siguientes a la baja, de conformidad con lo previsto en los arts. 29.1 D. 2530/70, de 20 de agosto, y 69.1 de la O. 24-9-1980.

S. TSJ. Cataluña, núm. 1694/2003, (Sala de lo Social), de 12-3-2003 (JUR 2003/129758): Trabajadora que dentro del período en que fue declarada en situación de incapacidad permanente total en virtud de sentencia y hasta que se revocó la misma, da a luz a su hijo, sin poder reincorporarse al trabajo por encontrarse en descanso de maternidad. Aún cuando tal situación no está prevista legalmente, debe ser considerada como situación asimilada al alta por ser la solución más adecuada a los principios de igualdad y solidaridad, de

armonización de la vida laboral y familiar, y ser una situación jurídica análoga a la de un trabajador desempleado subsidiado.

S. TSJ. Cataluña, núm. 2115/2003, 31-3-2003 (JUR. 2003/130692): En aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, entre otras muchas la de 19-2-1997, se encuentra en situación asimilada al alta la trabajadora del RGSS que enlaza su descanso de maternidad con una previa IT, iniciada ésta antes de la extinción de su contrato.

S. TSJ. Cataluña, de 23-1-2003 (AS. 2003/348) y S. TSJ. Cataluña 3-4-2003 (AS. 2003/1985): Trabajadora con alta en el RETA, que comienza la IT estando en alta en dicho régimen, posteriormente causa baja en el mismo, e inicia la situación de maternidad sin interrupción con la IT. Corresponde prestación por maternidad, dado que en la actualidad, la disposición adicional undécima bis de la LGSS equipara a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia en lo relativo al derecho de las prestaciones por maternidad, con lo que es aplicable la doctrina jurisprudencial que asimila al alta a efectos de prestación de maternidad cuando se accede a ésta sin solución de continuidad desde la IT iniciada en alta. En la actualidad, el RD. 1251/2001 considera como situación asimilada al alta la situación de incapacidad temporal, anterior a la maternidad, iniciada con anterioridad a la extinción del contrato.

S. TSJ. Murcia, núm. 640/2003 (Sala de lo Social), 19-5-2003 (JUR 2003/152232): Trabajadora en alta en el RETA, que inicia situación de Incapacidad temporal por contingencias comunes el 27-3-02, con baja en el RETA el 31-3-02, percibiendo subsidio económico hasta la fecha del alta el 2-7-02, e iniciando descanso maternal el día 3-7-02. La trabajadora no tiene derecho a prestaciones por maternidad al no encontrarse afiliada y en alta en la fecha del hecho causante. No es aplicable la doctrina del TS según la cual procede el reconocimiento de las prestaciones (al estar la trabajadora en situación asimilada al alta) cuando la trabajadora inicie la Incapacidad temporal por enfermedad común estando en alta, y pase sin interrupción a baja maternal; en el caso de la trabajadora autónoma la baja es querida por la propia trabajadora. Tampoco es aplicable el art. 29 RD. 2530/1970 y 35.16 RD. 84/1996, puesto que la situación asimilada al alta durante los 90 días siguientes a la baja en el RETA, está ligado a los 90 días que el trabajador tiene para suscribir convenio especial; toda vez que la protección por maternidad no está cubierta por convenio especial, no cabe extender tal consideración al supuesto de autos. Finalmente, tampoco contradice la postura del Tribunal la Disposición Undécima bis de la LGSS de 1994, puesto que la extensión de las prestaciones de maternidad a los autónomos en los términos establecidos en el RGSS, no altera lo establecido en el Régimen Especial respecto de los requisitos de afiliación, altas y bajas en el mismo, cuya decisión depende del propio trabajador.

S. TSJ. Andalucía/Granada, núm. 211/2003 (Sala de lo Social, Secc. 2ª), de 21-1-2003 (JUR 2003/65858): Periodo de carencia de las prestaciones por maternidad en caso de solicitud de alta en REA por cuenta ajena, con efectos de alta en los dos meses anteriores. Serán computables las cuotas que, aún antes de la solicitud, se hayan ingresado en plazo reglamentario en aplicación del art. 35.1.1, penúltimo párrafo RD. 84/96, de 26 de enero.

S. TSJ. Murcia, de 27-1-2003 (AS. 2003/404): Para el cálculo de la base reguladora de la prestación de maternidad de trabajadora fija discontinua deben computarse también las cotizaciones efectuadas mientras se percibe la prestación por desempleo, puesto que dicha cotización <<empresarial>> asumida por el INEM se hace sobre el anterior periodo de empleo cotizado, sin exclusión de contingencias ni coeficiente reductor, y dado que lo cotizado durante la situación de desempleo contributivo es computable a efectos de acreditar el período mínimo necesario para tener acceso a la prestación por maternidad. El caso, por tanto, excede del supuesto normal contemplado en el art. 5.2 RD. 144/99, que no es otro que el trabajo a tiempo parcial, con días de trabajo y cotización, en tanto ahora hay también días de prestación y cotización.

S. TSJ. Madrid, núm. 180/2003, (Sala de lo Social, sección 3ª), de 6 de febrero (JUR. 2003/186374): Trabajadora con jornada reducida en virtud del art. 37.5 ET. por tener a su cargo un hijo menor de seis años. El cómputo del período de carencia para tener derecho a la prestación por maternidad se debe hacer en función de las horas efectivamente trabajadas, y no de los días trabajados en jornada reducida. Esta es la interpretación acorde con la sistemática contenida en el RD. 144/99 y puesto que en el mundo laboral lo ajustado a todos los usos y convenciones es equiparar o tener por términos semánticos equivalentes el día laboral con la jornada laboral ordinaria.

SS. TSJ. Castilla y León/Valladolid 14-1-2003 y 21-1-2003 (AS. 2003/313 y JUR. 2003/55072): Cálculo de la base reguladora de maternidad de personal estatutario sustituto que ha prestado servicios muy pocos días de cada mes. No procede la aplicación de la normativa vigente en materia de contratos a tiempo parcial, sino el art. 13.1 D. 23-6-1972, que no distingue entre relaciones jurídicas superiores o inferiores al mes y al que se remiten los arts. 133 quarter y 129 LSS, que obliga a dividir la base de cotización del mes anterior al hecho causante por el número de días de trabajo.

S. TSJ. Aragón, 10-2-2003 (AS. 2003/1156): Cálculo de la base reguladora de la prestación de maternidad. De conformidad con el art. 6.1 RD. 1251/2001, de 16 de noviembre, y el art. 13.4 D. 1646/1972, el plus de asistencia, concepto retributivo de periodicidad superior al mes, debe computarse mediante el promedio de la base

de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales inmediatamente anteriores.

S. TSJ. Andalucía/Granada 23-9-2003 (AS. 2003/3460): Cálculo de la base reguladora de la prestación de maternidad. La trabajadora inicia baja por enfermedad común el último día de su contrato temporal, reanudando la prestación de desempleo anteriormente otorgada. Enlaza la situación de IT con el descanso por maternidad. La base reguladora de la prestación de maternidad debe calcularse por las cotizaciones efectuadas en los 180 días anteriores al hecho causante de la situación de IT, según se calcularía la base reguladora del desempleo, tanto para la maternidad como para la IT que le antecede y cuya base sirve para la primera (arts. 222.1 LGSS, según redacción dada por el art. 34.10 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social).

S. TSJ. Murcia 7-7-2003 (AS. 2003/234706): Duración de la prestación por descanso por maternidad en caso de parto múltiple con óbito de uno de los hijos durante las seis semanas posteriores al alumbramiento. El art. 48.4 ET otorga a la trabajadora, en el supuesto de parto, una prestación de dieciseis semanas de descanso, que se disfrutará de forma ininterrumpida, y que se amplía en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo, en caso de parto múltiple, sin que la norma efectúe distinción alguna por un fallecimiento posterior de uno de los hijos, dado que la ampliación del descanso tiene su justificación en el mayor esfuerzo y dificultad del parto.

S. TSJ. Asturias 20-6-2003 (JUR 2003/255701): Médico de refuerzo para sustituir a los médicos con plaza en propiedad durante los fines de semana y festivos en virtud de un único nombramiento. La trabajadora debe mantenerse en alta durante la íntegra duración de su nombramiento y hasta su cese, pues se trata de un único vínculo estatutario y eventual con el empleador, con independencia de los días de trabajo efectivo. Corresponde al INSALUD la responsabilidad del pago directa por incumplimiento de los deberes de alta, sin que ampare la situación el principio de automaticidad de prestaciones (art. 128, en relación con los arts. 94.2.b) y 95.1.3 LGSS)

S. TSJ. Comunidad Valenciana 30-11-2004 (AS. 2004/3715): Solicitante de la prestación económica por maternidad estando en excedencia por cuidado de hijos. La base reguladora de la prestación será la correspondiente al mes anterior a la baja, que en este caso es el mes anterior al nacimiento del primer hijo. Conforme a la Disp. Adicional 3ª RD. 1251/01, de 16 de noviembre, la excedencia por cuidado de hijos está excluida de las situaciones asimiladas al alta en el ámbito de la IT y la maternidad.

S. TSJ Cantabria núm. 521/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 mayo 2005 (AS 2005\983): Prestación de maternidad. Solicitud inicial planteada en el RETA: cambio de encuadramiento de oficio. Solicitud posterior en el Régimen General extemporánea: eficacia de la petición inicial. No prescripción.

S. TSJ. Cantabria núm. 521/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 mayo 2005 (AS 2005\983): Prestaciones por maternidad. Beneficiaria: procedencia; pago: prescripción: desestimación: solicitud inicial planteada en el RETA: cambio de encuadramiento de oficio: solicitud posterior en el Régimen General extemporánea: eficacia de la petición inicial.

S. TSJ Cataluña núm. 4216/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 mayo. Jurisdicción: Social. Recurso núm. 2882/2004. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Rosa María Virolés Piñol: Prestaciones por maternidad. RETA. Dentro de los 90 días, mediando IT. Procede.

S. TSJ. Cataluña núm. 4327/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 11 mayo 2005 (JUR 2005\170218): Prestaciones por maternidad en RETA, dentro de los 90 días anteriores al inicio de la baja por maternidad. Procede.

S. TSJ. Castilla-La Mancha núm. 661/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 12 mayo (AS 2005\1251): Maternidad. Período de carencia: cobertura: trabajadora contratada a tiempo parcial: cómputo. Incremento del lapso temporal a tener en cuenta. Se estima.

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 12 mayo 2005 (AS 1859/2005): Efectos respecto a las prestaciones de Seguridad Social. Determinación de la base reguladora de una trabajadora que en el momento del hecho causante se encuentra en situación de IT cuando está percibiendo prestaciones por desempleo contributivo.

S. TSJ. Madrid núm. 306/2005 (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 12 mayo 2005 (JUR 2005\163319): Prestaciones por maternidad. Imputación de responsabilidad al empresario: denegación. Descubierto de cotizaciones: incumplimiento que no influye en el período de carencia sin apreciación de incumplimiento deliberadamente rebelde.

S. TSJ. Cataluña núm. 5120/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 junio 2005

Jurisdicción: Social. Recurso núm. 4821/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Mª Palos Peñarroya. Prestaciones por maternidad precedidas de IT iniciada cuando prestaba servicios para una empresa y continuada tras su cese en la misma con baja en el RETA. Procede.

S. TSJ. Castilla-La Mancha núm. 922/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 julio 2005 (JUR 2005\180351): Prestaciones por maternidad. Madre en alta en Mutualidad General de la Abogacía. Padre en alta en RGSS. No puede ser disfrutado por el padre por ser de titularidad de la mujer.

STSJ de La Rioja de 31 marzo de 2006 (AS. 2006/1221): prestación por maternidad: situación asimilada al alta durante los noventa días siguientes a la baja en el RETA. del art. 5.6º del Real Decreto 1251/2001, cabe concluir que la situación en nada ha cambiado y la vigencia del Decreto y Orden Ministerial de 1970 dan cobertura a la situación de asimilación al alta y consiguiente prestación de maternidad.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Región de Murcia núm. 768/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 3 julio (AS. 2006/2469): Maternidad. Determinación de la base reguladora de la prestación en un supuesto de prestación de servicios esporádicos en algunos días del mes. En los casos en que la prestación de servicios no abarca la totalidad del mes de referencia, ya sea éste el anterior, ya el mismo en que se produce la situación protegible, el divisor lo constituyen los días a que la cotización se refiere y no todos los días del mes

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Valladolid, núm. 1027/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 26 junio (JUR 2006/210874): Maternidad y determinación de la base reguladora: trabajadora en situación de incapacidad temporal en el momento del hecho causante: han de tomarse las bases de cotización que sirvieron para determinar la prestación por IT.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 4156/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 29 mayo (AS. 2006/2896): Maternidad e imputación de responsabilidades del empresario en las prestaciones. Trabajadora que causa baja estando pendiente el proceso por despido siendo declarado con posterioridad

improcedente con falta de alta y de cotización durante el período de salarios de tramitación. Partiendo pues de que la empresa reconoció el despido como improcedente en acto de conciliación de 9-10-03 con efectos de dicha fecha, la obligación legal le imponía el deber de dar de alta a la trabajadora con efectos retroactivos y a la vez la baja en la fecha de la conciliación, cosa que no realizó hasta el 30-6-04, ocho meses más tarde. Por ello la empresa es la responsable de la situación de no alta de la trabajadora en dicho período y por ello es la responsable directa del abono de la prestación a la que tiene derecho la actora. La automaticidad opera sin excepción respecto de los trabajadores que se encuentran en alta en el Régimen General de la Seguridad Social aunque las empresas hayan incurrido en descubiertos o infracotizaciones.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 3744/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 16 mayo (AS. 2006/2930): Suspensión por maternidad y uso por el padre. Se desestima por estar la madre fuera del campo de aplicación del ET y de la Seguridad Social: médico por cuenta propia afiliada a mutualidad profesional.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 1323/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 25 abril (AS. 2006/2795): Prestaciones de maternidad de trabajadora con contrato a tiempo parcial. Compatibilidad con la prestación de servicios por cuenta ajena a tiempo parcial en otra empresa. La prohibición del artículo 133 quinquie de la LGSS no alcanza al disfrute del subsidio por maternidad con la realización de un trabajo a jornada parcial, como ocurre en el supuesto traído a la consideración de esta Sala. Y, ello merced a las siguientes razones: la actora reúne los requisitos para acceder a la prestación solicitada; no precisa acuerdo con el empresario por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto ex. art. 7.6 RD 1251/2001; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora. Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas.



STSJ Castilla y León, Valladolid 1739/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 29 noviembre (AS 2007\491): PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: protección de la mujer en situaciones derivadas de la maternidad: suspensión del contrato de trabajo: riesgo durante el embarazo: requisitos. PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO: beneficiaria: situación objetiva de riesgo e inexistencia de puesto compatible con el estado de la trabajadora: cuidadora de centro de reforma de menores.

STSJ Región de Murcia núm. 768/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 3 julio (AS 2006/2469): MATERNIDAD: base reguladora de la prestación: determinación: prestación de servicios esporádicos en algunos días del mes.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 46/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 9 enero (JUR 2007/112839): en el presente caso en que la reclamación administrativa previa se presentó el 05-11-2004, esto es cuando ya había entrado en vigor el Estatuto Marco aprobado por la Ley 55/2003, lleva a declarar la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la presente reclamación. En efecto, siendo la actora personal estatutario de los servicios de salud, tiene la condición de funcionaria y no de trabajadora en el sentido laboral del término, por lo que con independencia de que el periodo reclamado pudiera ser anterior a su nombramiento como personal estatutario, la competencia para la resolución del litigio corresponde al orden contencioso-administrativo.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 54/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 9 enero (JUR 2007/116627): Prestaciones por maternidad indebidamente percibidas en connivencia con el empresario. Responsabilidad del empresario: el empresario responderá solidariamente de la devolución de la prestación fraudulenta (art. 45 y 106 de la Ley General de la Seguridad Social, art. 68.6 Reglamento de Cotización y artículo 23 del R.D. 5/2000 de la LISOS).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Región de Murcia núm. 1/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 enero (JUR 2007/82120): Prestación de maternidad. Procede al tener reconocido por sentencia más de 180 días (computados sábados, domingos, festivos y vacaciones), concretamente 203, durante los cinco años anteriores al parto conforme exige el artículo 133.ter de la Ley General de la Seguridad Social.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 337/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 23 enero (JUR 2007/116374): Prestación indebidamente percibida. Contrato celebrado en fraude de ley con la única finalidad de percibir la prestación.

STSJ Comunidad de Madrid núm. 225/2007 (Sala de lo Social, Sección 4), de 27 de marzo (JUR 2007/213655 ): Prestaciones por maternidad. Régimen especial de trabajadores autónomos. Se condena a la demandada al pago de la prestación por maternidad durante los 90 días en que la actora estuvo en situación de descanso por maternidad, sin que proceda el pago de la cantidad que reclama como indemnización de daños y perjuicios por no haber podido disfrutar de los días de descanso que transcurren del 90 al 112 día dado que no consta dato fáctico alguno en la sentencia impugnada para apoyar tal pretensión, ni en este recurso la actora ha propuesto revisión alguna en tal sentido.

[STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 225/2007 \(Sala de lo Social, Sección 4\)](#), 22 de marzo (JUR 2007/214073). Prestaciones de la Seguridad Social. Prestaciones por maternidad. La STS de 21 de enero de 2003, indicaba que "no se trata en este supuesto de prescripción en el ejercicio de una acción de reconocimiento de una prestación de Seguridad Social, sino por el contrario del de prescripción del reconocimiento de unas cantidades concretas, diferencias de la base reguladora, que es distinto, de manera tal que no es posible confundirse los dos conceptos, uno referente al reconocimiento del derecho, y otro a la determinación concreta de la cuantía de ese mismo derecho, de manera que el plazo prescriptivo de 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud, no puede interpretarse extensivamente aplicándolo también al aumento de la cuantía de un derecho ya reconocido, en cuanto ello supondría violación del principio de odiosa sunt restringenda". Sin que en esta doctrina se haga alusión alguna, al causante del error en la cuantificación de la prestación de Seguridad Social. Puesto que de no ser así, resultaría que a pesar de las múltiples reclamaciones realizadas por la actora, para demostrar que la cuantía de su prestación no era adecuada a Derecho, y de ser estimadas dichas solicitudes, en la práctica, el esfuerzo realizado, y las distintas resoluciones favorables a sus intereses, quedarían vacías de contenido. De modo tal, que la entidad gestora, no puede ampararse en un supuesto error de la entidad autonómica, para evitar el pago de una prestación a favor de la actora, en la cuantía que legalmente proceda, a la que ésta tiene pleno derecho. El criterio derivado de la STS citada, es plenamente aplicable al caso, pues se refería a un supuesto de aumento de la cuantía de la prestación de Seguridad Social, que dependía de la acción del interesado, bien en forma de solicitud, bien en forma de reclamación. Y es a esta solicitud o reclamación, a la que no puede aplicarse el breve plazo trimestral que la excepción referida pretende con amparo en el artículo 43.1 de la LGSS, de lo que se infiere que regiría el más amplio - como así lleva a cabo la Juzgadora de Instancia-, de 4 años, que con carácter general se prevé en la normativa aplicable en materia de Seguridad Social. Y que en modo alguno ha transcurrido en el caso de autos. Y siendo la fecha inicial de solicitud de la actora, de [prestación](#) por maternidad dirigida al INSS, de 5 de julio de 2005 -ordinal tercero-, siéndole reconocido por la Junta de Castilla y León, en base a sendas reclamaciones formuladas por la actora, y en resoluciones de 26 de octubre de 2005, 22 de julio de 2005, -ordinales cuarto, quinto-, el derecho a complemento específico y complemento singular, y posteriormente siéndole reconocido a la actora, un trienio con efectos

económicos desde 1 de septiembre de 2004, es claro que a la fecha de reclamación previa dirigida contra el INSS, de 6 de julio de 2006, -ordinal séptimo-, de revisión de cuantía de prestación por maternidad, no había transcurrido en absoluto el plazo de prescripción de 4 años, conforme el artículo 45 de la LGSS.

STSJ Cantabria núm. 278/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 22 marzo

Se condena a la empresa a que todos aquellos trabajadores que los días fijados por la empresa como día "F" se encontraban en situación de Incapacidad Temporal o Maternidad, se les reconozca el derecho al disfrute de esos días en otras fechas en las que se encuentren en activo.

[STSJ Comunidad de Madrid núm. 182/2007 \(Sala de lo Social, Sección 4\)](#), 13 de marzo. MATERNIDAD: prestaciones: base reguladora: determinación: trabajadora con jornada reducida por cuidado de menor de 6 años.

[STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 181/2007 \(Sala de lo Social, Sección 4\)](#), 8 DE

Marzo: MATERNIDAD: prestaciones: beneficiarios: padre: procedencia: madre en situación de IT por contingencias comunes: circunstancias concurrentes. La normativa aplicable señala: a) El descanso por maternidad es situación que compete en exclusiva a la mujer trabajadora, tanto en los efectos derivativos de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1, d) ET ], cuanto respecto al control del correspondiente subsidio de la Seguridad Social (art. 18, [O. 13 octubre 1967 \[RCL 1967, 2097\]](#) ). b) Por tanto sólo una vez iniciado el período de descanso por maternidad de la mujer trabajadora nace tal derecho al subsidio y, consiguiente y derivativamente, el derecho de la mujer trabajadora para que, a su opción, el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión siempre que sean ininterrumpidas, al final del citado período y sin riesgo para la salud de aquélla. c) El subsidio de maternidad tiene la doble finalidad de, por un lado atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, a la vez, atender los primeros cuidados del recién nacido; singularidad que el legislador ha patentizado al desgajarla de la Incapacidad Temporal ([Ley 42/1994, de 30 diciembre \[RCL 1994, 3564 y RCL 1995, 515\]](#) [ ]). Resulta evidente que en cuanto al segundo aspecto, la atención del nacido, se ha querido que pueda ser cubierto con los cuidados del padre y no de la madre, pero no se dice en ningún sitio que quepa la renuncia a la primera finalidad; tan clara es esa afirmación que se deduce del precepto, art. 48.4 ET del siguiente modo: 1) Las cuatro semanas de referencia ineludiblemente se han de disfrutar en el último período suspensivo del descanso de maternidad, o sea transcurridas dos semanas del puerperio en que normalmente se supera la fase crítica posterior al parto, y sin dar posibilidad alguna a que se sustituya el referido descanso con anterioridad, por los cuidados sobre la salud que merece la madre y que el legislador le otorga. 2) Inclusive, para que se dé esa posibilidad de que opte el padre al descanso de la madre exclusivamente en tal período último de las cuatro semanas, hace hincapié la norma que ello será así: «salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud». En aplicación de esta doctrina el tribunal estima que “el riesgo de salud para la madre como el derivado directamente del hecho del parto, debemos analizar ahora si las dolencias que ha sufrido la madre y que se recogen en el ordinal segundo de la sentencia de instancia tienen o no relación directa con el propio parto. Al respecto, de una mera lectura de las mismas: pancreatitis aguda, fallo multiorgánico, coleditis..., debemos concluir que dichas dolencias no guardan relación directa y causal alguna con el hecho en sí del parto”, por lo que desestima el recurso de la actora.

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 182/2007 de 13 marzo (AS 2007\1865): MATERNIDAD: prestaciones: base reguladora: determinación: trabajadora con jornada reducida por cuidado de menor de 6 años.

STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1397/2007 de 19 abril (AS 2007\3029): MATERNIDAD Y RIESGO DURANTE EL EMBARAZO: maternidad: prestaciones: improcedencia: transcurso de más de tres meses entre la fecha de solicitud y la fecha de vencimiento de la prestación por agotamiento de la duración máxima de la misma; es necesario el inicio a instancia de parte.

STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 486/2007 de 16 mayo (AS 2007\2915): MATERNIDAD: base reguladora de la prestación: determinación: prestación de servicios esporádicos en algunos días del mes.

STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3680/2007 de 17 mayo (AS 2007\2291): MATERNIDAD: abono de prestaciones: fecha inicial: inaplicación de la retroacción de tres meses. TRABAJADORES AUTONOMOS: prestación por maternidad: denegación: situación asimilada al alta durante los noventa días siguientes a la baja en el RETA: baja voluntaria anterior a dicho plazo.

STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1722/2007 de 17 mayo (JUR 2007\366854): TRABAJADORES AUTONOMOS: prestación por maternidad: denegación: situación asimilada al alta durante los noventa días siguientes a la baja en el RETA: baja voluntaria anterior a dicho plazo: incapacidad temporal.

S. TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4092/2007 de 1 junio (AS 2007\2748): MATERNIDAD: prestaciones: base reguladora: determinación: trabajadora con jornada reducida por cuidado de menor de 6 años.

### **7.A. 3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

TJCE (Sala Pleno), sentencia de 30 marzo 2004. TJCE 2004\80 (Alabaster)

## **7.B. OTRAS PRESTACIONES**

### **7.B.1. Tribunal Constitucional**

Sentencia 250/2000, 30 de octubre (Sala Segunda)

Recurso de amparo (núm. 2075/96) promovido por el Sindicato de Alimentación de Comisiones Obreras de la Región Murciana respecto a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, que desestimaron su demanda de conflicto colectivo sobre las tablas salariales de los fijos discontinuos fijadas por el convenio colectivo para manipulación y envasado de agrios de la Región.

*Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: distintas retribuciones de puestos de trabajo que desarrollan trabajos de distinto valor, tomando en consideración el factor del esfuerzo físico. Voto particular.*

Sentencia 125/2003, de 19 de junio de 2003 (Pleno)

Cuestión de inconstitucionalidad 5105/97. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la disposición adicional décima, regla quinta, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

*Vulneración del derecho a la igualdad en la ley: pérdida de la pensión de viudedad por convivencia marital. Nulidad del precepto estatal. Votos particulares.*

Sentencia 161/2004, 4 de octubre (Sala Primera)

Recurso de amparo 4295-2001. Promovido por doña Consuelo Arto de Prado frente a las resoluciones de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia, y de un Juzgado de lo Social de Madrid, que desestimaron su demanda contra Pan Air Líneas Aéreas, S.L., sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad.

*Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: suspensión de contrato de trabajo de una pilota de avión a causa de su embarazo; falta de aptitud para el vuelo, evaluación de riesgos laborales y existencia de vacantes*

Sentencia 186/2004, 2 de noviembre (Sala Primera)

Recurso de amparo 1863-2001. Promovido por doña María Covadonga Fernández Cuétara frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre pensión de viudedad.

*Supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la ley: reparto de la pensión de viudedad con cónyuge anterior (art. 174.2 de la Ley general de la Seguridad Social).*

Sentencia 199/2004, 15 de noviembre (Sala Segunda)

Recurso de amparo 2365-2002. Promovido por don Pedro Manrique Miranda frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó su demanda contra la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

*Vulneración del derecho a la igualdad: denegación de pensión de viudedad porque el matrimonio no había sido inscrito en el Registro Civil. Votos particulares.*

Sentencia 253/2004, 22 de Diciembre (Pleno)

Cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la versión del texto refundido de 1995.

*Vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón del sexo: determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial. Voto particular.*

Sentencia 49/2005, 14 de marzo (Sala Primera)

Recurso de amparo 608-1998. Promovido por doña Ángeles Barroso Pedreira en relación con las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de un Juzgado de Madrid, que desestimaron su demanda contra el INSS sobre pensión por invalidez permanente derivada de enfermedad común.

*Vulneración del derecho a la igualdad en la ley: denegación de pensión de la Seguridad Social en aplicación de una norma que perjudica a las trabajadoras a tiempo parcial y ha sido anulada por la STC 253/2004.*

Sentencia 88/2005, de 18 de abril

Recurso de amparo 2044-2001. Promovido por doña Concepción Arellano Antoñana frente a Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), y desestimó su demanda sobre pensión de jubilación.

*Supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la ley: diferencia de trato entre religiosas y sacerdotes sobre el cómputo de cotizaciones en distintos regímenes de la Seguridad Social (STC 63/1994).*

Sentencia 140/2005, 6 de junio de 2005 (Sala Primera)

Recurso de amparo 6777-2000. Promovido por doña María del Carmen Álvarez Vega frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó su demanda contra la Dirección General de Costes de Personal sobre minoración de pensión de viudedad.

*Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la ley: prorrateo de pensión sin atender al período de convivencia more uxorio.*

Sentencia 191/2005, 18 de julio de 2005 (Sala Segunda)

Recurso de amparo 432/1999. Promovido por doña Rosa María Barriga Julve respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia y de un Juzgado de Primera Instancia de Totana que, en juicio verbal, desestimaron su demanda por perjuicios en accidente de tráfico.

*Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad: derecho a indemnización de la ex esposa divorciada del fallecido en un accidente de tráfico según los baremos legales y la legislación de Seguridad Social (SSTC 181/2000 y 244/2000).*

Sentencia 213/2005, 21 de julio de 2005 (Pleno)

Cuestión de inconstitucionalidad 4441/1998. Planteada por el Juzgado de lo Social de Zamora sobre el apartado 3 del art. 203 de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 40 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

*Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y al trabajo y al principio de seguridad social: protección por desempleo parcial limitada a la reducción temporal de jornada autorizada por regulación de empleo.*

Sentencia 154/2006, de 22 de mayo de 2006 (Sala Primera).

Recurso de amparo 5399-2002. Promovido por doña Ángela Hernández Bacallado y otros frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, que en grado de suplicación estimó la demanda de Fremap sobre reintegro de auxilio por orfandad derivado de accidente de trabajo.

*Vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento: indemnización de orfandad para el hijo extramatrimonial de un fallecido en accidente de trabajo y cuya madre carece de derecho a ella.*

### **7.B.2. Jurisprudencia y doctrina judicial**

S. TS. (sala de lo Social) 16-5-2001 (5216): No es discriminatorio frente al tratamiento que reciben los viudos/as del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el art. 46.2.c) del Reglamento del Plan de Seguridad Social de la Mutualidad de la Abogacía de 1995, cuando exige como requisito para causar derecho a la pensión de viudedad

<<haber contraído matrimonio con anterioridad al devengo de la pensión de jubilación o invalidez>>, puesto que tal Mutualidad ejerce una modalidad aseguradora privada de carácter voluntario, alternativo o complementario al sistema público de la Seguridad Social, con lo que no es posible sostener que tenga que ofrecer el mismo nivel de protección e idéntico régimen de acceso a las prestaciones a otorgar que el sistema público de Seguridad Social.

STS (Sala de lo Social), de 31 enero 2006 (RJ. 2006/2850): Prestación contributiva de desempleo. La base reguladora se calcula conforme al promedio de la cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo, también en el supuesto de reducción parcial de la jornada laboral con anterioridad al cese por guarda legal de un menor.

S. TSJ. País Vasco 12-6-2001 (1302/2002): procede el reconocimiento de prestación de orfandad a favor de hijo de uno de los cónyuges cuando fallece el esposo de éste en cuanto se cumplen los requisitos específicos de matrimonio celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, convivencia con el causante y a sus expensas, y ausencia de derecho a otra pensión ni familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos.

S. TSJ. Navarra 28-6-2002 (2450): Pensión de jubilación Sovi. Períodos de excedencia forzosa por matrimonio en Renfe, no procede el cómputo del mismo como si se hubiese cotizado puesto que las trabajadoras excedentes pudieron en su momento haber solicitado el reingreso (desde 1962 y en todo caso a partir de la Constitución) y, además, la regularización de su régimen de cotización. De lo contrario se haría a estas trabajadoras de mejor derecho que a las demás funcionarias que en su momento optaron por seguir cotizando y/o reingresar al servicio activo.

S. TSJ. Cataluña, 31-1-2003 (AS. 2003/689): Se deniegan prestaciones por incapacidad permanente por no tener cubierto el período de carencia, dado que, como ha afirmado el TS. en sentencia de 20-7-2001 (RJ. 2001/7800), no existe obligación de cotización del INEM durante la situación de IT una vez que se haya agotado la prestación por desempleo, deber que igualmente es inexistente para el INSS, así como para las empresas y trabajadores. Por consiguiente, tal período no es computable a efectos de carencia.

S. TSJ. Cataluña 4-4-2003 (AS. 2003/1987): Cálculo de la base reguladora de prestación por incapacidad permanente absoluta. Los períodos de trabajo con jornada reducida por cuidado de un menor ex art. 37.5 ET., deben considerarse, respecto de la jornada reducida, como lagunas de cotización en las que, por no existir obligación de cotizar, se verán integradas por la base mínima equivalente al salario mínimo interprofesional en aplicación del art. 5.5 RD. 1799/85, de 2 de octubre.

S. TSJ. Cataluña 6-6-2003: A efectos de prestación de desempleo debe considerarse cotizado a tiempo completo el tiempo de prestación parcial derivada del art. 37.5 ET., sin aplicación por tanto de la reducción prevista en el art. 211.4 LGSS.



S. TSJ. País Vasco (Sala de lo Social), de 21 junio 2005 (JUR 2005\174066): Prestaciones por desempleo y permisos no retribuidos para cuidado de un familiar directo. Al haber permanecido en alta y cotizado y ser equiparable a la excedencia del art. 46.3 ET debe tenerse en cuenta a los efectos del reconocimiento de la prestación.

S. TSJ. Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 junio (JUR. 2005/180528): Prestación de desempleo. Base reguladora: promedio de la cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo también en caso de reducción parcial de la jornada laboral con anterioridad al cese por guarda legal de un menor

S. TSJ. Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 septiembre (JUR 2006/44552): Prestaciones por desempleo. Determinación: promedio de las bases de cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo en el supuesto de reducción parcial de la jornada por guarda legal de un menor.

S. TSJ. Cataluña núm. 7085/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 septiembre (JUR 2006/44930): Prestaciones por desempleo. Determinación: promedio de las bases de cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo en el supuesto de reducción parcial de la jornada por guarda legal de un menor.

STSJ de Castilla y León, Burgos, de 2 marzo de 2006 (AS. 2006/530): Derecho a la igualdad en la ley. El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento normativo igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Contrato de trabajo a tiempo parcial y pensión de jubilación. Cómputo período de carencia. No existe vulneración del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores a tiempo completo, ni cabe apreciar discriminación indirecta por razón de sexo, pues la desigualdad de trato goza de justificación objetiva y razonable al ser situaciones objetivamente diferentes.06\988

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 3902/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 19 mayo (JUR 2006/271154): Desempleo contributivo: determinación de la base reguladora conforme a promedio de la cotización de los 180 días naturales anteriores a la situación de desempleo estando reducción parcial de la jornada laboral con anterioridad al cese por guarda legal de un menor. Será conforme a la jornada realmente practicada y no a la jornada completa.

### **7.B.3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

Véase también en salario.

Sobre delimitación con los regímenes profesionales, véase: SSTJCE 12/09/2002, 241 – Niemi-; 29/11/2001, 336 –Griesmar-; 14/12/2000, 330 -Comisión/Grecia-; 17/04/1997, 74 –Epicheirissi/Evrenopoulos-; 28/09/1994, 166 –Beune-.

Respecto de la Directiva : SSTJCE 16/12/1999, 297; 19/10/1995, 183; 24/06/1986, 102 –Drake-; 11/07/1996, 129 –Atkins-. También: SSTJCE 30/04/1998, 73 -De Vriendt y otros-; 22/10/1998, 247 –Wolfs-; STJCE 01/07/1993, 112 -Van Cant-; STJCE 30/03/1993, 40 -Thomas y otros-; STJCE 11/08/1995, 144 -Graham y otros-; 16/12/1999, 297 –Taylor-; 19/10/1995, 183 -Health y otros-; 19/11/1992, 195 –Molenbroek-; 08/02/1996, 17 –Laperre-; 21/06/2007, 149 -Jonkman y otros-.

