

TEMIS

NÚMERO 44
4rt trimestre 2007

Revista de Doctrina i Jurisprudència social i fiscal

ELS GRADUATS SOCIALS DE CATALUNYA, A LES COMARQUES DE TARRAGONA



TRIBUNAL SUPREMO. Sala Social
Sentencia de 22 noviembre 2007

DESPIDO.

La extinción del contrato por causa de enfermedad, no es discriminatoria ni atenta contra la dignidad de la persona.

IL·LUSTRE COL·LEGI OFICIAL DE GRADUATS SOCIALS DE TARRAGONA



Edita:

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

Estanislau Figueres, 17

43002 Tarragona

Tel. 977 22 45 13 · Fax 977 22 95 25

colegio@graduados-sociales-tarragona.com

www graduats-socials-tarragona.org

www graduados-sociales-tarragona.com

Consell editorial:

Junta de Govern de l'Il·ltre.

Col·legi Oficial de Graduats

Socials de Tarragona

Directora Tècnica:

Exema. Sra. Rosa Maria Virolès Piñol.

Magistrada de la Sala Cuarta del

Tribunal Supremo

Directora Executiva i Coordinadora:

Sra. Amparo Pérez Grau.

Gerent de l'Il·ltre. Col·legi Oficial de

Graduats Socials de Tarragona

Disseny i maquetació:

Gestión Cuatro Estudios S.L.U.,

gestion@gestion4.net

Ctra. Pont d'Armentera/Pallaresos, 6

43007 Tarragona

Tel. 977 24 59 13

Fax. 977 24 55 49

Publicitat:

Gestión Cuatro Estudios S.L.

Dipòsit Legal: T-177-97



5068/05

001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 03/10/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde

Síntesis

SALA GENERAL. DERECHO A VACACIONES. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si los trabajadores demandantes, que prestan servicios en el sector de grandes almacenes, tienen derecho a un período de vacaciones distinto del acordado inicialmente, en el supuesto de coincidencia o superposición de dicho período de disfrute ya fijado con días de incapacidad temporal por enfermedad común. Se desestima el recurso.

Se formula Voto Particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià, al que se adhieren los Magistrados Excmo Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, y las Excmas. Sras. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Virolés Piñol.

Doctrina:

" (...) lo solicitado por los actores, con invocación del art. 40.2 de la Constitución (CE) y del art. 7.1 de la Directiva CE 93/104, tiene un alcance más general que el de la modalidad procesal del art. 125 LPL, pudiendo por tanto canalizarse, sin perjuicio de la respuesta en derecho que haya que dar a la reclamación, por la vía utilizada del proceso ordinario. Se pide, conviene insistir en ello, en un supuesto en que la fijación del tiempo inicial de disfrute se llevó a cabo correctamente en aplicación de una regulación convencional que no se discute, el señalamiento de nuevos días de vacaciones con base en que el trabajador no pudo disponer como hubiera deseado de las vacaciones concedidas, por razón de enfermedad causante de incapacidad temporal.

(...) La sentencia recurrida ha desestimado la demanda de los actores, razonando que el art. 7.1 de la Directiva 93/104 no regula el aspecto normativo en litigio, que tampoco está contemplado en los artículos 5.4 y 6.1 del Convenio OIT 132, ratificado por España. Si es de aplicación al caso – sigue el razonamiento de la sentencia recurrida – el art. 38.2 ET, que, aun sin contener previsión concreta sobre la incidencia de la incapacidad temporal en un período de vacaciones ya acordado, ordena que la fijación de la época de disfrute se efectúe mediante acuerdo colectivo o acuerdo individual. (...)

Debemos entrar en el fondo del asunto, sin que sea obstáculo para ello que el hecho causante de la incapacidad temporal haya sido en la sentencia recurrida una enfermedad común y en la sentencia de contraste un accidente de trabajo. Ciertamente, a los efectos de la fijación del período de disfrute de vacaciones tiene trascendencia, de acuerdo con jurisprudencia hoy día consolidada (TJCE 18-3-2004, STS 11-7-2006, STC 324/2006 de 20 de noviembre), que el período de vacaciones coincida con una baja maternal, supuesto en el que hay que atender no sólo a la necesidad de descanso tras un período de trabajo de cierta prolongación, sino también a las exigencias de recuperación de la madre y de cuidado del recién nacido. En cambio, en el supuesto próximo pero diferente de incapacidad temporal coincidente con días de vacaciones los hechos causantes que distingue la legislación de Seguridad Social repercuten de forma sustancialmente igual en el período vacacional, y no tienen relevancia para la decisión en un sentido u otro de la concreta cuestión que debemos resolver en este recurso. La solución debe ser por tanto la misma tanto si el hecho causante es accidente o enfermedad, como si el hecho causante es una dolencia común o una lesión derivada de riesgo profesional.

(...) La regulación del instituto de las vacaciones anuales pagadas está formada por una combinación o mosaico de normas procedentes de distintas fuentes. Interesa analizar los elementos y la configuración de este complejo o combinado normativo, habida cuenta de los términos en que está planteado el presente debate procesal de unificación de doctrina.

Dentro del conjunto de disposiciones sobre vacaciones del trabajador hay que contar en primer lugar el art. 40.2 CE. De acuerdo con el mismo, *"los poderes públicos ... garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral,[y] las vacaciones periódicas retribuidas"*. Si nos atenemos como parece obligado a la dicción del propio art. 40.2 CE, el instituto de las vacaciones periódicas retribuidas está inspirado en un objetivo de *"seguridad e higiene en el trabajo"*.

El derecho del trabajador a vacaciones periódicas retribuidas ha sido contemplado también por determinadas normas internacionales. Así, el art. 7.1 de la Directiva 93/104 incluye un precepto imperativo sobre la duración del período mínimo de vacaciones (*"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas..."*), reconociendo que corresponde al derecho interno el detalle de su régimen jurídico (*"... de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales"*).

Una regulación más extensa contiene el Convenio OIT 132, relativo a las vacaciones anuales pagadas. Este Convenio OIT incluye también una remisión genérica a la "práctica nacional" (art. 1), acompañada esta vez de numerosas remisiones específicas. Pero, a diferencia de la Directiva 93/104, en el Convenio OIT 132 encontramos una ordenación bastante completa, de mínimos en unos preceptos y supletoria de la legislación o "práctica" nacionales en otros, de distintos aspectos normativos de la institución. Para el adecuado enfoque de la cuestión sometida a enjuiciamiento puede ser útil analizar tres preceptos de esta norma internacional (artículos 5.4, 6.2 y 10), aunque como se verá algunos de ellos no se refieren directamente a nuestro tema.

El art. 5 del Convenio OIT 132 regula el llamado *"período de calificación"* o *"período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas"*. El apartado 4 de dicho artículo dice lo siguiente: *"En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios"*. El aspecto normativo contemplado en el precepto no es, si bien se mira, el de la coincidencia de incapacidad temporal y período de disfrute ya acordado, sino el del modo de cómputo del período mínimo de servicios que permite la maduración del derecho a vacaciones cuando el trabajador ha permanecido un tiempo más o menos largo en tal situación de incapacidad temporal. Por su parte, el art. 6.2 establece que *"los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como mínimo"* en el propio Convenio OIT 132 (art.3.3: *"tres semanas laborales por un año de servicios"*). Tampoco este precepto se refiere al

problema de la coincidencia de un período de incapacidad temporal y un período de disfrute de vacaciones ya fijado, sino a una cuestión próxima pero netamente diferenciada, que es la resta o descuento automático de las ausencias al trabajo por baja respecto de los días de vacaciones, sustracción que ciertamente la norma internacional prohíbe de manera incondicionada, y que tampoco se permite en Derecho español desde las primeras regulaciones legales en la materia, pero que no es la decisión o práctica de empresa objeto de la presente litis. En fin, el art. 10 prevé que la "época en que se tomarán las vacaciones", salvo "práctica nacional" distinta, "se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes", teniendo en cuenta "las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada". Esta disposición del Convenio OIT 132, que tiene vocación supletoria y que resulta claramente mejorada para los intereses de los trabajadores en nuestro derecho interno, sí se refiere directamente a la cuestión controvertida en el pleito, poniendo de relieve los distintos intereses – "exigencias" de la organización del trabajo, de un lado, y "oportunidades de descanso y distracción" de otro – que deben ser coordinados en el señalamiento de los días de vacaciones.

(...) Los preceptos del Estatuto de los Trabajadores sobre "*vacaciones anuales*" incluyen los siguientes aspectos normativos: 1) el ya aludido período mínimo legal ("treinta días naturales") (art. 38.1); 2) la fijación de la época o "*período o periodos de su disfrute*" por "*acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones*" (art. 38.2 párrafo 1º); 3) la previsión "*en caso de desacuerdo entre las partes*" de un procedimiento jurisdiccional "*sumario y preferente*" para fijar la fecha de disfrute (art. 38.2 párrafo 2º); y 4) la publicación en cada empresa del "calendario de vacaciones", debiendo el trabajador conocer "*las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute*" (art. 38.3).

Estos preceptos legales, junto con los reseñados en el fundamento anterior, constituyen las piezas normativas del régimen general o común a todos los trabajadores sobre vacaciones anuales retribuidas. En él se reservan, como se ha podido comprobar, importantes atribuciones a la regulación sectorial de los convenios colectivos y los acuerdos de empresa, tanto en la determinación de la duración del período de vacaciones por encima del mínimo legal como en la especificación de las fechas de disfrute. En el asunto que debemos resolver ahora las disposiciones colectivas de aplicación son los artículos 36 y 37 del convenio colectivo de grandes almacenes (2001) y el acuerdo de calendario de vacaciones para 2004 del centro de trabajo al que están adscritos los trabajadores demandantes. Interesa también llevar a cabo una breve reseña de estas disposiciones.

El convenio colectivo de grandes almacenes (2001) establece un período de vacaciones de treinta y un días naturales al año (art. 36.1), que supera en un día al mínimo legal fijado en el art. 38.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El propio convenio colectivo concreta las épocas de disfrute, fraccionando dos períodos distintos, uno de 21 días en meses de verano y otro de 10 días en meses de primavera y otoño (art. 37.1). Asimismo, fija como "preferencia" para optar a un determinado turno de vacaciones el de rotación de los distintos trabajadores "en la unidad de trabajo" (art. 37.4). Por su parte, en el establecimiento comercial en el que prestan servicio los actores se pactó entre el comité del centro de trabajo y la dirección del mismo un acuerdo colectivo de planificación y calendario de vacaciones para el año 2004, que, con referencia expresa al citado art. 37.4 del convenio colectivo del sector, se atiene para la concreción del período vacacional de cada trabajador a "los criterios de rotación establecidos por costumbre" en los distintos departamentos del centro comercial.

(...) La finalidad de las vacaciones anuales pagadas está estrechamente unida a la defensa de la salud del trabajador. Así lo acreditan el tenor literal del art. 40.2 CE y la inclusión de las mismas en la Directiva

comunitaria 93/104. Como dice el preámbulo de esta última, "para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores de la Comunidad, éstos deberán poder disfrutar de períodos mínimos de descanso – diario, semanal y anual – y de períodos de pausa adecuados".

Precisando un poco más la afirmación anterior, podemos decir que el descanso anual o periódico que garantiza el instituto de las vacaciones tiene por objeto reparar no sólo la fatiga energética, resultante de un esfuerzo físico y mental continuado, sino también la fatiga ambiental, resultante de las diversas constricciones que pueden derivarse del trabajo, del medio de trabajo y del modo de vida que su realización conlleva. Como dice el art. 10 del Convenio OIT 132, con las vacaciones se trata de procurar al trabajador "oportunidades" de "descanso" y también, en lo posible, de "distracción". El tiempo de vacaciones ha de ser, por tanto, tiempo libre o tiempo de ocio, en la acepción primera del Diccionario de la Real Academia Española ("cesación del trabajo, inacción o total omisión de la actividad").

Es cierto que determinadas distracciones u ocupaciones del tiempo libre no son compatibles con una situación de incapacidad temporal. Pero no parece dudoso que, a diferencia de lo que sucede con el supuesto singular de la maternidad, una enfermedad o accidente concurrentes o sobrevenidos en el período de vacaciones no alteran el estado de "inacción o total omisión de actividad" que caracterizan a este último, ni desvirtúan normalmente el efecto de reparación de la fatiga producida por el trabajo prolongado que constituye la finalidad de las vacaciones. Por referirnos al caso de la sentencia recurrida, no parece que los demandantes necesiten reparar la fatiga acumulada en el trabajo cuando han estado ausentes del mismo varios meses, aunque sea como lo es por causa plenamente justificada. Es cierto que los proyectos personales de vacaciones del trabajador se pueden torcer por una situación de incapacidad temporal. De ahí que por convenio colectivo o por acuerdo individual se procure a veces compensar el tiempo coincidente de incapacidad temporal, a veces con el requisito de que ésta haya venido acompañada de internamiento hospitalario. Pero los proyectos de vacaciones y en general los proyectos humanos se pueden torcer también por otras muchas causas imprevisibles o inevitables. Así las cosas, se trata de determinar si el deber legal del empresario correlativo al derecho a vacaciones del trabajador alcanza a hacerse cargo de todas o algunas de estas posibles incidencias.

La respuesta en derecho a la pregunta anterior es la negativa. La obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones. Así lo establece implícitamente el art. 38 ET. Estos acuerdos bilaterales de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones tienen un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el período de vacaciones. Como sucede en todo ajuste o compromiso, puede haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente.

(...) Las consideraciones anteriores no quedan afectadas por lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva comunitaria 93/104, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Como se ha visto en el fundamento jurídico 3º, el citado art. 7.1 de la Directiva 93/104 regula solamente uno de los múltiples puntos o aspectos normativos del complejo régimen jurídico de las vacaciones anuales pagadas, que es el de la duración de las vacaciones. La determinación de la época de disfrute y de las restantes facetas del

instituto corresponde, como reconoce expresamente el precepto, al derecho interno de los países miembros.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26 de junio de 2001 (asunto *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union, BECTU*) no contiene una tesis contraria a la doctrina unificada que mantenemos en esta resolución, y tampoco trata desde luego el problema aquí enjuiciado de la coincidencia de la época de disfrute acordada con una situación de incapacidad temporal. Lo que en ella se decide es una cuestión atinente al reconocimiento o maduración del derecho a vacaciones establecido en la citada Directiva, que es incompatible según la sentencia *BECTU* con la exigencia de la reglamentación inglesa en la materia de un período de calificación o "período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario".

En cuanto a la compatibilidad de nuestra doctrina con el art. 40.2 CE, bastaría con lo ya dicho sobre que la cuestión debatida es una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, de acuerdo con los encargos al legislador efectuados en la propia Carta Magna. Sin embargo, no está de más recordar que el Tribunal Constitucional, en un *obiter dictum* de la ya citada sentencia 324/2006, participa de la misma posición aquí elaborada como doctrina unificada. En los términos literales de su fundamento jurídico 5º: "... en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad laboral, no puede disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas", es decir, no tiene derecho al señalamiento de un período vacacional distinto. (...)".

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 15/10/2007

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

4297/06

002

Síntesis

Contrato de interinidad por vacante. El art. 7.1.a).7 del IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (conforme al cual el personal –fijo– cuyo puesto se suprime será destinado de manera provisional, y mientras obtenga otra plaza en concurso, a otra de su misma categoría en la propia localidad y, de no ser posible, en la más próxima a la que servía) autoriza a destinar a este personal a la plaza que otro trabajador sirva de manera interina, y es causa de finalización del contrato de interinidad.

Doctrina:

"La cuestión a resolver consiste, en definitiva, en determinar si, en el supuesto de hecho descrito, puede o no la empleadora destinar, con carácter provisional, al trabajador con relación laboral fija cuyo puesto ha desaparecido (o, en este caso, haya sido perdido o suspendido merced a la excedencia voluntaria), al puesto de su igual o similar categoría que desempeñe un trabajador en régimen de interinidad y, consiguientemente, si ésta situación puede o no dar lugar legalmente a la extinción de la relación interina.

(...) La doctrina en la materia ya ha sido unificada por esta Sala en la Sentencia de 28 de Julio de 2006 (rec. 3160/05), seguida por la de 28 de Noviembre del mismo año (rec. 3102/05), cuyo criterio habrá de mantenerse también en esta ocasión, no solo por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley (arts. 9º.3 y 14 de la Constitución española), sino también por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. En la primera de dichas resoluciones razonábamos en los siguientes términos:

<<Conforme a la resultancia fáctica..., la actora fue contratada en la modalidad de interinidad por vacante, estableciéndose en las cláusulas 6ª y 7ª del contrato las causas que daban lugar a su terminación, entre las que interesa destacar aquí la relativa a "hasta que se proceda a la cobertura del puesto de trabajo por alguno de los sistemas de provisión legal o reglamentariamente previstos".- El contrato de interinidad por vacante es uno de los regulados por el Real Decreto (RD) 2720/1998 de 18 de Diciembre, dictado en desarrollo del art. 15

del ET y, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 4.2.b) de dicho RD, en relación con el párrafo segundo del apartado 1 del propio precepto, la duración de la interinidad, al ser la empleadora una Administración pública, coincidirá con todo el tiempo que dure el proceso de cobertura definitiva de la plaza. Si únicamente se tuviera en cuenta esta norma, en el supuesto aquí enjuiciado, aparentemente, podría haberse apartado a la actora de su puesto de trabajo de manera irregular, por cuanto no parece que la empleada que se designó para ocupar tal puesto hubiera accedido a él en virtud de concurso de traslado o de superación de las pruebas establecidas a tal fin.

Ahora bien: las citadas normas del RD 2720/1998 no pueden contemplarse de manera aislada, sino que habrán de ser interpretadas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código Civil), lo que impone hacerlo de manera sistemática, en relación con el resto de las fuentes de la relación laboral, entre las que –además de las disposiciones legales y reglamentarias de origen estatal– se encuentran los convenios colectivos y los pactos individuales (art. 3.1.b) y c) del ET), siempre que éstos sean lícitos y no se establezcan en ellos condiciones más desfavorables que las previstas en normas de superior rango jerárquico. De ello se desprende que el art. 7.1.a).7 del Convenio Colectivo de referencia (conforme al cual el personal cuyo puesto se suprime será destinado de manera provisional, y mientras obtenga otra plaza en concurso, a otra de su misma categoría en la propia localidad y, de no ser posible, en la más próxima a la que servía) constituye sin duda uno de los "procedimientos legal o reglamentariamente previstos", [según expresión literal de las cláusulas contractuales] para la

cobertura de la plaza que la actora venía desempeñando interinamente. De esta forma, el cese de la trabajadora no puede asimilarse a un despido improcedente, sino que viene legalmente amparado por el art. 49.1.b) del ET, que consagra la extinción de la relación laboral "por las causas consignadas válidamente en el contrato", toda vez que en el caso no existe indicio alguno de que tales causas constituyeran abuso de derecho por parte de la Administración empleadora. El interés de la trabajadora interina debe ceder ante el derecho preferente de la trabajadora fija cuyo puesto fue suprimido, pues así resulta de la regulación convencional antedicha, que se basa en el derecho a la ocupación efectiva (art. 4.2.a) del ET) que la trabajadora fija tiene en todo momento, por consiguiente también durante el tiempo comprendido entre la desaparición de su puesto de trabajo y la obtención de otro similar a través del oportuno concurso>>."



4181/06

003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 31/10/2007
Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolès Piñol.

Síntesis

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. Interpretación del Art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. La indemnización por despido improcedente debe fijarse prorrateando "por meses" los periodos de tiempo de servicios inferiores a un año; de tal manera que los días que excedan del último mes servido se considerarán, a estos efectos, como un mes completo. Informado asimismo de admisión, está el Rec. 3906/2006.

Doctrina:

(...) El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina queda pues, circunscrito a la interpretación que deba darse al apartado 1 a) del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, a saber, si para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, los periodos de antigüedad en el trabajo inferiores a un año, se han de prorratear por meses o por días.

(...) Como doctrina correcta, ha de estimarse la que se contiene en la resolución referencial. La letra a) del apartado 1 del art. 56 del ET (que aquí es objeto de interpretación) mantiene, después de la Ley 45/2002 de 12 de Diciembre, la misma redacción que tenía con anterioridad, esto es, cuando se produjo el hecho enjuiciado por la sentencia aportada ahora para el contraste con la recurrida.

Con referencia a la indemnización que corresponde, en su caso, al despido improcedente, se dispone: "a) Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades".

A la vista de tal redacción, que es lo suficientemente clara como para no introducir en el ánimo del intérprete duda alguna acerca de que el legislador hubiera querido expresar algo diferente a lo que dijo, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que el método interpretativo del precepto deberá ser el literal ("según el sentido propio de sus palabras") al que se refiere el art. 3.1 del Código Civil. Al respecto, como refiere la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2007 -R.C. 39/2006-, "hemos destacado con reiteración (SSTS 23/05/06 -cas. 8/05-; 13/07/06 -rec. 294/05-; 31/01/07 -rec. 4713/05-; y 31/01/07 -rec. 5481/05-) que el primer canon hermenéutico en la exégesis de la norma es «el sentido propio de sus palabras» [art. 3.1 CC] y en la de los contratos el «sentido literal de sus cláusulas» [art. 1281 CC] (STS 25/01/05 -rec. 24/03-), de forma que las palabras e intención de los contratantes constituyen «la principal norma hermenéutica» (STS 01/07/94 -rec. 3394/93-). Por ello, cuando

los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (STS 20/03/90 -infracción de ley-). En este mismo sentido, la Sala Primera insiste en que las normas o reglas interpretativas contenidas en los arts. 1281 a 1289 CC, constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, teniendo rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del art. 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de la que preconiza la interpretación literal (SSTS -Sala Primera- 29/03/94 -rec. 1329/93-; 10/02/97 -rec. 650/93-; 10/06/98 -rec. 1063/94-; 05/10/02 -rec. 674/97-; y 30/09/03 -rec. 4128/97-); a lo que se añade -tomando la cita de Paulo, en el Digesto- que como las palabras son el medio de expresión de la voluntad y ha de presumirse que son utilizadas correctamente, «no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad» (STS 07/07/86, reproducida por las anteriormente reseñadas)".

Así pues, no hay razón alguna para fijar dos módulos de cálculo de la indemnización correspondiente a aquellos periodos de servicios que no alcancen un año: el prorrateo atinente a un mes para los meses completos de servicio, y el atinente a los días servidos después del último mes completo, pues si el legislador hubiera querido expresarlo así, lo habría hecho. Por ello, para todo el tiempo de servicios inferior a un año, habrá de aplicar la norma contenida en el precepto objeto de análisis, que consiste en prorratear en todo caso "por meses [y no por días en ningún caso] los periodos de tiempo inferiores a un año". De esta manera, sea cual fuere el número de días servido a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse "por meses", esto es, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes, fórmula ésta elegida por el legislador que se presenta como adecuada y simple y, por otra parte, de escasa trascendencia económica a favor del trabajador."

3780/06

004

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 07/11/2007
Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

Síntesis

INTERESES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA CONTRA EL INSS. FECHA INICIAL DEL CÓMPUTO PARA EL ABONO DE INTERESES PROCESALES POR PARTE DE LAS ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL PROBLEMA NO ES EL DE LOS TRES MESES SOBRE EL QUE YA HAY JURISPRUDENCIA UNIFICADA SINO EL MÁS CONCRETO DE SI LA FECHA A TENER EN CUENTA ES LA DE LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA O LA DE LA NOTIFICACIÓN DE ESTA RESOLUCIÓN. SE MANTIENE COMO "DIES A QUO" EL DE LA NOTIFICACIÓN, QUE EN EL CASO ES LA DEL AUTO DE INSOLVENCIA DICTADO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Doctrina:

(...) La cuestión a resolver en el presente procedimiento se concreta en determinar si los intereses por mora procesal, también llamados intereses procesales que debe abonar el INSS al haber sido condenado como responsable subsidiario en el abono de una prestación se devengan desde el auto de declaración de insolvencia de la empresa como deudora principal, o desde el momento en que notificó al INSS dicha declaración de insolvencia. (...).

(...) Denuncia la recurrente como infringida por la sentencia que se recurre lo dispuesto en el art. 576 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (art. 921 de la LEC de 1881) en relación con lo dispuesto en los arts. 36 y 45 de la Ley General Presupuestaria de 1988, que en la actualidad se corresponden con los arts. 24 y 17 de la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sus sentencias 69/1996, de 18 de abril y 113/96, de 25 de junio, por entender que no queda justificada ninguna diferencia de tratamiento en cuanto al día inicial del abono de los intereses por mora procesal cuando se trata de una Administración Pública o una entidad privada, por lo que entiende que en ambos casos debe jugar el pago de tales intereses desde la fecha de la resolución de instancia y no desde la fecha de notificación de dicha resolución, lo que en el caso de autos se concretaría en la fecha del auto de insolvencia y no en la de la notificación del mismo al interesado.

Aunque el recurrente no denuncia de forma expresa la infracción del principio de igualdad que recoge el art. 14 de la Constitución, subyace en su escrito dicha denuncia por cuanto lo que está pretendiendo, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional es que se apliquen los preceptos citados de la Ley General Presupuestaria no como en ellos se regula de forma literal el abono de los intereses por mora procesal sino como se regula en su literalidad el pago de tales intereses cuando se trata de abonarlos por entes privados. En efecto, la Mutua recurrente lo que sostiene es que el art. 24 de aquella Ley en el que se dice que "si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial...habrá de abonarle el interés...", se aplique conforme a la literalidad del art. 576 de la LEC 2000, en el que se dispone para situaciones semejantes en pleitos entre personas y entidades privadas que dichos mismos intereses por mora procesal se abonarán "desde que fuere dictada en primera instancia", y por consiguiente no desde la notificación.

(...) Las sentencias el Tribunal constitucional que dicho recurrente cita en apoyo de su tesis de que el día inicial a tener en cuenta para el abono de los intereses procesales por parte de la Hacienda Pública estatal en la que se incluye el INSS aquí demandado, no han resuelto sin embargo esta cuestión aunque se hayan pronunciado sobre cuestiones muy relacionadas con la misma. En efecto, en una primera cuestión de inconstitucionalidad planteada por una Audiencia

Provincial que tenía por objeto decidir si era o no acorde a los arts. 14 y 24 de la Constitución la diferencia de previsión existente entre la LGP y la LEC en cuanto en aquélla no se prevé el recargo de dos puntos sobre interés legal del dinero que sí que se impone a los deudores privados en las previsiones de la LEC, en ella se resolvió que el indudable trato desigual existente entre los dos preceptos estaba justificado en el hecho de que "no son iguales las situaciones de la Hacienda pública y de los demás, en lo que aquí concierne", pues la Administración tiene "la minusvalía derivada de los principios de legalidad y de contabilidad pública a los cuales aparece sometida constitucionalmente, que condicionan su actuación y obstaculizan la agilidad de movimientos muy por bajo del nivel de los particulares en el ejercicio de su libertad", añadiendo que, puesto que el incremento del interés en un dos por ciento tiene un carácter sancionador o punitivo fundado en un retraso culpable en el pago de lo adeudado, este criterio no es aplicable a la Administración en cuanto su posible retraso en pagar "no se trata de una tardanza caprichosa o arbitraria sino que hincan su raíz en razones profundas de los intereses generales a los cuales ha de servir la Administración y en las características objetivables de ésta"; luego, no se resolvió la cuestión aquí planteada aunque fuera de naturaleza parecida. En una segunda sentencia – la STC 69/1996, de 18 de junio – se cuestionó ante el mismo tribunal, en este caso por un Juez de lo Social, el problema acerca de si la sentencia a tomar en consideración para fijar el "dies a quo" del pago de aquellos intereses por mora procesal había de ser la sentencia de instancia o la sentencia firme dictada en un recurso posterior devolutivo, y lo que resolvió la sentencia es que no existe razón constitucionalmente relevante por justificar en este punto un trato distinto en el devengo de legales intereses, resolviendo en definitiva que la sentencia de referencia para el abono de dichos intereses por parte de la Hacienda Pública habrá de ser igualmente la sentencia de instancia. En otra sentencia posterior también referida – la STC 110/1996, de 24 de junio – el indicado Tribunal reiteró las dos decisiones anteriores, a saber, la de la constitucionalidad de que no le se computen a la Administración los dos puntos de recargo por mora, y el de que la sentencia a tomar en consideración es la de instancia y no la de casación que se había tomado en el caso; habiendo reiterado estas dos conclusiones la STC 113/1996, de 25 de junio. Por último en la STC 157/2005, de 20 de junio, resolviendo un recurso de amparo contra una sentencia dictada por una Sala de lo Social desestimó dicho recurso por entender que cuando la Administración abona su deuda dentro de los tres meses de exención o de privilegio de que goza la Administración, tomando como referencia la sentencia de instancia, no se le deben cargar intereses procesales.

(...) Esta Sala también se ha pronunciado de forma reiterada sobre el tema general relacionado con los intereses procesales que ahora nos ocupan, y siempre para decir que los tres meses de privilegio de que goza la Administración de conformidad con las normas

tributarias han de computarse tomando como referencia la sentencia de instancia. En ellas, para resolver esta cuestión, se ha utilizado unas veces las palabras sentencia de instancia y otras se han referido a la notificación de la sentencia de instancia, pero también en estos casos una y otra referencia no son más que un "obiter dictum" para resolver a partir de qué resolución había de tomarse en consideración el privilegio de los tres meses de la Administración. En tal sentido pueden apreciarse las SSTs 17-1-1996 (rec.- 1221/95), 18-2-2003 (rec.- 1419/02), 7-4-2003 (rec.- 1769/02), 6-6-2007 (rec.- 1579/06) o 3-10-2007 (rec.- 3471/02) entre otras.

(...) Pero, en el presente supuesto, como ya se ha dicho la discusión no es exactamente la misma que fue resuelta por todas aquellas sentencias anteriores, pues aquí de lo que se trata es de decidir si, ya sabido que el INSS ha de abonar sus intereses procesales como realmente lo hizo en el caso, puede decirse que hizo bien cuando los abonó desde la fecha de la "notificación" de la resolución en que se le condenó, o debió hacerlo desde "la fecha" de aquella resolución como la Mutua le reclama.

(...) En la solución de este concreto particular y específico problema el punto de partida obligado es del actual art. 24 de la LGP en el que claramente se sitúa el "dies a quo" para el inicio de tales intereses en la fecha de "notificación" y no en la fecha de la sentencia o resolución tomada en consideración cuando dispone textualmente que "si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial ... habrá de abonarle el interés señalado en el art. 17, apartado 2 de esta Ley". Con lo que a partir de la mera literalidad de sus disposiciones habría que estar, sin más, a la fecha de la notificación.

(...) Pero, trasladado dicho problema a la necesidad de una interpretación de dicho precepto a la luz del principio de igualdad de art. 14

de la Constitución al que lo ha llevado la recurrente, la solución a adoptar ha de ser la misma a la luz de la doctrina constitucional antes referida pues, aunque es cierto que en las relaciones particulares el art. 576 LEC fija como "dies a quo" el de la fecha de la sentencia de instancia y no el de su notificación, a la hora de ver si la diferencia de trato está fundada en una justificación objetiva y razonable habremos de tomar en consideración que, si el abono de este interés viene determinado por un retraso culpable y éste solo se le puede imputar a las Administraciones Públicas transcurridos tres meses (sentencia 206/1993), este retraso no podrá aceptarse existente sino desde que a la Administración le es notificada la sentencia pues sólo desde ese momento podrá iniciar los trámites necesarios para tramitar el oportuno expediente de gasto. Estimar lo contrario equivaldría a negarle el plazo de los tres meses que tiene legal y constitucionalmente reconocidos en los supuestos en que se produjera una tardanza de esos meses en la notificación por las causas que fueran, o a reducir dicho plazo como en nuestro caso se produciría dado que el Auto de 7 de julio de 2003 se notificó siete días más tarde, en concreto el día 14 de julio. En definitiva, si el plazo de los tres meses concedido a la Administración se halla justificado en razones objetivas como ha señalado la doctrina constitucional, por las mismas razones habrá de quedar justificado que el "dies a quo" del cómputo de tales intereses sea el de la notificación de la resolución de instancia, pues sólo desde entonces puede la Administración de que se trate, tomar sus previsiones en orden al pago dentro de plazo del principal para evitarse el abono de los intereses, con lo que deberá jugar igualmente para el pago de los mismos en el caso de no respetar dicho plazo.

En el presente caso nadie ha dudado ni cabe dudar de que el Auto de insolvencia equivale a aquella primera resolución por lo que será desde la fecha de dicho Auto desde la que se habrán de contar los intereses de acuerdo con tal interpretación.(...)"

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 12/11/2007
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

332/07

005

Síntesis

Despido. Audiencia a los delegados sindicales. Plazo. Falta de contradicción. La sentencia recurrida dice que el plazo de siete días para subsanar es civil y que no se descuentan días inhábiles. La de contraste que se suspende mientras se oye a delegados sindicales, cuestión que no examinó la recurrida. La recurrida dice que el plazo empieza a correr cuando se notifica la sentencia, mientras que la de contraste dice que desde la firmeza, pero lo hace "obiter dicta" lo que no sirve para acreditar la contradicción.

Doctrina:

Se estima que no existe la necesaria contradicción entre las sentencias comparadas, pues " (...) Aunque ambas interpretan el artículo 110-4 de la Ley de Procedimiento Laboral cómputo del plazo de siete días allí establecido es lo cierto que resuelve cuestiones distintas, al abordar problemas diferentes en uno y otro caso. La recurrida establece que estamos ante un plazo civil y que, por ende, conforme al artículo 5-2 del Código Civil, no se descuentan los días inhábiles y el nuevo despido se produjo fuera de plazo. La de contraste lo que dice es que ese plazo se suspende mientras se oye a los delegados sindicales, siempre que esa suspensión sea por tiempo prudencial, cuestión que no aborda la recurrida. Por ello, no puede estimarse que los fundamentos y pretensiones examinadas en las sentencias comparadas sean sustancialmente iguales, ya que abordaron cuestiones distintas,

sin que tampoco sean idénticos los hechos, pues en el caso de la sentencia de contraste el trámite subsanatorio se inició antes de los siete días siguientes a la notificación de la sentencia, mientras que en el caso de la sentencia recurrida se inició pasado ese plazo. Tampoco puede estimarse que las sentencias comparadas se contradigan a la hora de fijar el "dies a quo" para el cómputo del plazo de siete días que nos ocupa. Tal cuestión no se planteó en la sentencia de contraste que la abordó como "obiter dicta", lo que supone que los efectos de la cosa juzgada no se extiendan a ella por no haber sido objeto de debate y resolución, razón por la que no puede estimarse que las sentencias comparadas sean contradictorias, ya que, lo resuelto con carácter de "obiter dicta" queda fuera de las identidades exigidas por el citado artículo 217, pues la identidad requerida sólo se da con respecto al debate planteado por las partes en suplicación y al pronunciamiento contenido en el fallo."

08/07

006

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Casación): Sentencia 13/11/2007
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Gil Suárez.

Síntesis

Concurrencia de Convenios Colectivos.- Demanda que pide la nulidad del Convenio Colectivo invasor.- La sentencia de instancia desestima tal demanda por pedirse en ella sólo dicha nulidad, y sólo procede la inefectividad aplicativa.- La pretensión de ineficacia aplicativa está incluida en la petición de nulidad.- Incongruencia de la sentencia de instancia.

Doctrina:

"(...) Esta Sala, en su sentencia de 8 de junio del 2005 (recurso nº 100/2004), ha establecido: "Como ya señalábamos en la Sentencia de 31-10-03 (rec. 117/2002), el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, esta también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de "ineficacia aplicativa", como declaró esta Sala en sus ss. de 27-3-00 (rec. 2497/99), 5-6-01 (rec. 2160/00), 7-7-02 (rec. 4859/00), y 31-10-03 (rec. 17/02) o de "mera inaplicabilidad" (s. 5-6-01, rec. 2160/00)". "Consecuencia lógica de lo dicho es que no cabe anular un convenio colectivo posterior válidamente negociado, por el hecho de que afecte o invada a otro anterior. La sanción máxima de nulidad, ya sea total o parcial, debe quedar reservada a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del art. 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (arts. 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto, únicas que prevalecen sobre las pactadas, de acuerdo con la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia constitucional y ordinaria que interpreta el art. 85.1 ET; en definitiva, para los convenios colectivos que nacen ya con los vicios expuestos. Para los que presentan

defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquellos, será suficiente, para alcanzar el objetivo previsto por el art. 84, con declarar su inaplicación temporal, total o parcial, mientras mantenga su vigencia el convenio invadido".

(...) Pero esta tesis de la resolución recurrida entra en clara contraposición con la doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida en sus sentencias de 31 de octubre del 2003 (rec. 17/2002) y 8 de junio del 2005 (rec. 100/2004). En estas sentencias se declara que la situación procesal comentada "no puede conducir ... a un pronunciamiento desestimatorio por el hecho de que las Asociaciones demandantes soliciten la nulidad y no la inaplicación del convenio de "Lorno", cuando consta de modo inequívoco que lo que aquellas pretenden al invocar el art. 84.1 ET es evitar que el convenio de la empresa afecte o invada el ámbito funcional de los convenios provinciales vigentes. Porque interpretado así el petitum de la demanda de conflicto, es evidente que no incurre en incongruencia el pronunciamiento que, aplicando el principio procesal de que quien pide lo mas pide lo menos, declara la inaplicación del convenio de empresa, si queda acreditado que ha invadido el ámbito de los provinciales prioritarios en el tiempo; máxime cuando con tal pronunciamiento se satisface plenamente el interés real de las asociaciones demandantes, al tiempo que se causa el menor perjuicio posible a quienes pactaron válidamente el convenio impugnado."

La doctrina jurisprudencial que se acaba de reseñar pone de manifiesto que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia, vulnerando por ello lo que dispone el art. 218-1 de la LPL, en relación con el art. 24-1 de la Constitución.(...)"

1713/07

007

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 16/11/2007
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

Síntesis

INCAPACIDAD PERMANENTE RECONOCIDA EN RESOLUCIÓN JUDICIAL. ES COMPETENTE EL INSS PARA DICTAR RESOLUCIÓN FIJANDO EL PLAZO PARA INSTAR LA REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD. (ART. 143.2 L.G.S.S.) . REITERA DOCTRINA STS DE 17 DE MAYO DE 2007, RECURSO 2104/06, 17 DE MAYO DE 2007, RECURSO 3440/06, 6 DE JUNIO DE 2007, RECURSO 172/06, Y 18/10/2007, RECURSO 2307/2006.

Doctrina:

"(...) el problema que se plantea en el presente recurso se contrae exclusivamente a determinar si el INSS puede introducir el plazo para revisar una incapacidad permanente en una resolución administrativa, cuando en la dictada inicialmente y corregida jurisdiccionalmente en sentencia. O lo que es lo mismo, si el INSS únicamente puede fijar el plazo de revisión de incapacidades cuando las reconoce, no cuando las deniega y sólo por sentencia judicial posterior se reconoce esa incapacidad.

(...) La cuestión debatida y así planteada ha sido ya resulta por esta Sala en sentencias de 17 de mayo de 2007 (dos), recursos 2104/06 y 3440/06, 6 de junio de 2007, recurso 172/06, y 18/10/2007, recurso 2307/2006, a cuya doctrina hemos de estar ahora por elementales razones de seguridad jurídica.

Los razonamientos asumidos en esas resoluciones son los siguientes: "Esta cuestión ha de ser resuelta necesariamente a la vista de la interpretación que proceda hacer del artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que ha sido denunciado como infringido.

El citado precepto dispone en su apartado 1 que "corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente sección".

Por su parte, el apartado 2 establece lo siguiente: "toda resolución inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión".

Acudiendo al sentido propio de las palabras que utiliza el artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social, anteriormente

çtranscrito, primer canon interpretativo de las normas, según previene el artículo 3.1 del Código Civil, el texto resulta inequívoco y no ofrece duda alguna, sólo podrán fijar plazos para instar la revisión, o lo que es igual, para presentar nuevas solicitudes, las resoluciones administrativas por las que se reconozca el derecho a prestaciones de invalidez y aquellas posteriores que lo modifican por apreciar mejoría o agravación del estado invalidante.

A igual conclusión conduce la interpretación literal de los artículos 6.2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de junio, dictado en desarrollo de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre y en uso de la habilitación que le otorgó la Disposición Transitoria Séptima de esta última, y artículo 13.3 de la Orden de 18 de enero de 1996 que desarrolló a su vez el Real Decreto. El artículo 6.2 de este último establece que "cuando en la resolución se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente en cualquiera de sus grados, se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante en los términos y circunstancias previstos en el apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social"

(...) En definitiva se establece que las resoluciones, iniciales o de revisión, dictadas por el Instituto Nacional de Seguridad Social en las que se reconozca el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, han de hacer constar el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión, por agravación o mejoría del estado invalidante.

(...) En consecuencia, la resolución judicial, revisora del acto administrativo denegatorio de la incapacidad permanente solicitada, se limita a reconocer la existencia de una incapacidad permanente y el grado de incapacidad, no examinando la cuestión sobre la que no se pronunció la resolución administrativa, a saber, el plazo a partir del cual se puede instar la revisión, por agravación o mejoría del estado invalidante. Por ello, a la vista de la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia de incapacidad, es ajustado a derecho el acto administrativo posterior en el que fija el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del estado incapacitante, sin perjuicio del ulterior control judicial del mismo.(...)"

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 20/11/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

491/07

008

Síntesis

Jubilación anticipada. En la correspondiente a la DT tercera. 2ª LGSS, para la determinación del coeficiente reductor no opera la presunción legal de involuntariedad que el art. 161.3 LGSS establece por prejubilación a cargo de la empresa en los años anteriores a la jubilación. La diferencia entre las dos modalidades de jubilación anticipada no atenta contra el principio de igualdad. Reitera doctrina STS 23 de mayo de 2.006 (recurso 1043/2005), 29 de mayo de 2.007 (recurso 1291/2006), 6 de junio de 2.007 (recurso 3040/2006) y 20 de Julio de 2.007 (recurso 4900/2006).

Doctrina:

"(...) La evidente contradicción entre las sentencias comparadas determina la necesidad de entrar a conocer del fondo del asunto, lo que ya ha hecho esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en situaciones idénticas, unificando la doctrina en las de 23 de mayo de 2.006 (recurso 1043/2005), 29 de mayo de 2.007 (recurso 1291/2006), 6 de junio de 2.007 (recurso 3040/2006) y 20 de Julio de 2.007 (recurso

4900/2006), posición que ha de seguirse ahora por evidentes razones de seguridad jurídica.

En esa doctrina se recuerda que la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1, norma 2ª de la LGSS, establece lo siguiente:

2ª) Quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 enero 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por 100 por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho

causante, le falte al trabajador para cumplir la edad que se fija en el apartado 1 a) art. 161.

En los supuestos de trabajadores que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado anterior, y acreditando más de treinta años de cotización, soliciten la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión a que se refiere el párrafo anterior será, en función de los años completos de cotización acreditados, el siguiente: ... 4º Con cuarenta y más años acreditados de cotización: 6 por 100.

A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 de esta ley.

La redacción de la repetida Transitoria Tercera procedente del Real Decreto 1132/2002, se vio modificada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y más tarde por la Disposición Adicional 2ª.1 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, hasta llegar al texto antes transcrito.

Por su parte, tal y como se recuerda en la STS de 03/06/2005 (Rec. 3054/2004) en la exposición de motivos de la Ley 35/2002, fruto del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación

de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, se dice que "... junto al señalado objetivo de propiciar una permanencia en la actividad del trabajador, también se contiene en el citado Acuerdo el propósito de reformular las condiciones de acceso a la jubilación anticipada, de manera que, por un lado, se mantenga en su regulación actual el acceso, por aplicación de derecho transitorio, a la jubilación a partir de los sesenta años y, por otro, puedan acceder a la jubilación anticipada, a partir de los sesenta y un años, los trabajadores afiliados a la Seguridad Social con posterioridad a 1 de enero de 1967, siempre que reúnan determinados requisitos, tales como un período mínimo de cotización de treinta años, involuntariedad en el cese, inscripción como desempleado por un plazo de, al menos, seis meses e inclusión en el campo de aplicación de determinados regímenes del sistema de la Seguridad Social. En uno y otro de los dos supuestos enunciados, se ha de proceder a la equiparación de los coeficientes reductores aplicables por razón del anticipo de la edad de jubilación"

De ese texto y de la propia regulación de la Disposición Transitoria 3ª, por un lado y del artículo 161.3 LGSS se desprende que era voluntad del legislador mantener dos sistemas o forma de jubilación anticipada, cada una con distinto origen y requisitos para acceder a su percibo, razones por las que la doctrina unificada a la que antes se ha hecho referencia rechaza que se haya producido en este supuesto, en el que el actor pretende acceder a la bonificación de la jubilación anticipada "histórica" con 61 años de edad, vulneración alguna del artículo 14 CE(...).

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 20/11/2007
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

1319/07

009

Síntesis

BASE REGULADORA DE PENSION DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD COMUN CUANDO CONCURREN LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS: a) declaración previa de una situación de incapacidad temporal; b) extinción del contrato de trabajo del asegurado durante dicha situación de incapacidad temporal; y c) percepción por el asegurado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 222.1 LGSS (redacción de la Ley 24/2001) de "la prestación de incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo". Durante el período previsto en el art. 222.1 LGSS la base reguladora se integra con la "base mínima" (art. 140.4 LGSS). Reitera doctrina.

Doctrina:

"(...) La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo en sentencias recientes, versa sobre la fijación, con arreglo al art. 140.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente (incapacidad permanente total, en el caso) derivada de enfermedad común, en un supuesto de reconocimiento de la situación de incapacidad en que concurren determinadas circunstancias particulares. Estas circunstancias son las siguientes: a) declaración previa de una situación de incapacidad temporal; b) extinción del contrato de trabajo del asegurado durante dicha situación de incapacidad temporal; y c) percepción por el asegurado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 222.1 LGSS (redacción de la Ley 24/2001) de "la prestación de incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo".

La base reguladora controvertida es precisamente la que corresponde al período de percepción del subsidio de incapacidad temporal en la cuantía señalada, una vez extinguido el contrato de trabajo (en el

caso, desde 13 de junio de 2003 a 29 de julio de 2004). La sentencia recurrida entiende que este período de incapacidad temporal sin abono de cotizaciones al haberse extinguido la relación de trabajo debe ser computado en el cálculo de la base reguladora teniendo en cuenta las bases de cotización que hubieran correspondido por desempleo. La sentencia de contraste, que ha sido dictada también por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha aplicado en cambio el art. 140.4 LGSS (integración con la "base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años" de los "meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar").

(...) La solución correcta de la controversia es, como ya hemos declarado en sentencias precedentes (STS 5-7-2007, rec. 689/06; STS 17-9-2007, rec. 2452/06; STS 5-10-2007, rec. 3402/2006), la contenida en la sentencia de contraste, por lo que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado.

La doctrina unificada, establecida en la primera de dichas sentencias (reiterada en la segunda, y reafirmada con nuevos argumentos en la tercera), se puede resumir como sigue: 1) de acuerdo con la "clara

dición" del art. 222.1 LGSS (en la redacción vigente a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2001), la prestación percibida por el asegurado en situación de incapacidad temporal a partir de la extinción del contrato de trabajo sigue siendo un subsidio de incapacidad temporal y no una prestación de desempleo, sin perjuicio de cómo tal subsidio sea calculado ("cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo") (STS 5-7-2007, citada); 2) dicha prestación de incapacidad temporal es abonada por la entidad gestora en régimen de "pago directo" y por ella "no existe obligación de cotizar", por lo que "para tal período habrá de regir la regla del art. 140.4 de la LGSS" (STS 5-7-2007, citada); 3) el argumento anterior de interpretación gramatical se refuerza con un argumento de interpretación lógica, "dada la incompatibilidad intrínseca existente entre la situación en que se halla [el]

interesado que no puede trabajar y [el] desempleado que por esencia es una persona con capacidad laboral" (STS 5-7-2007, citada); 4) el canon de la interpretación histórica – intención del legislador manifestada en la exposición de motivos de la Ley 24/2001, que dio nueva redacción al art. 222.1 LGSS – revela que la finalidad de esta reforma legal ha sido "reducir costes" en materia de prestaciones y cotizaciones, por lo que no resultaría coherente entender que el período de incapacidad temporal controvertido genera obligación de cotización a cargo de la entidad gestora (STS 5-10-2007, citada); y 5) la desigualdad de trato dispensada por el legislador al incapacitado y al desempleado, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, se justifica por las diferencias objetivas existentes entre una y otra situación de necesidad, que se manifiestan en la exigencia al desempleado de los requisitos previstos en el art. 207 LGSS (STS 5-7-2007, citada) ".

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 21/11/2007
Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.

3428/06

010

Síntesis

PENSIÓN DE VIUDEDAD. LA REVALORIZACION DE LA PENSIÓN NO SE PRODUCE DESDE LA FECHA EN QUE CAUSANTE CESO EN EL TRABAJO, QUE ESTUVO 23 AÑOS SIN COTIZAR Y NO ERA PENSIONISTA, SINO DESDE EL FALLECIMIENTO DEL MARIDO.

Doctrina:

"(...) se evidencia que el nudo del debate se concreta en determinar la fecha inicial a partir de la cual se deben aplicar las revalorizaciones de la pensión de viudedad que tiene reconocida la demandante, ofreciéndose dos posibles soluciones al dilema planteado en esos términos: bien aplicar los incrementos por mejoras o revalorizaciones desde que el causante dejó de cotizar (solución por la que opta la sentencia recurrida), o bien aplicar tales incrementos desde la fecha del hecho causante (conclusión a la que llega la sentencia de contraste y por la que aboga la entidad gestora recurrente). (...)

El tema de debate se enmarca en las previsiones de las normas que tratan del método del cálculo de la base reguladora de la pensión de viudedad. El Decreto 1646/1972, de 23 de junio, se ocupa en su artículo 7 de la determinación de la base reguladora de este tipo de pensiones, precepto que resultó modificado por el artículo 2 del Real Decreto 1975/2003, aunque en lo sustancial a estos efectos la novedad no sea relevante, pues el texto antiguo y el revisado se pronuncian en idéntico sentido, al disponer que la base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuese pensionista de jubilación o incapacidad permanente, será la misma que sirvió para determinar su pensión, en cuyo caso, "la cuantía de la pensión se incrementará mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven". Es indudable que la regla se refiere exclusivamente a situaciones en las que el causante fuera pensionista de jubilación o incapacidad permanente, en cuyo caso se aplican las revalorizaciones habidas desde la fecha del hecho causante de la pensión que disfrutaba la causante, pero el caso que analizamos es bien diferente, pues el esposo de la actora cesó en el trabajo y en la cotización en el año 1975 y falleció el 9 de marzo de 1998, es decir, cuando hacía 23 años que no cotizaba a la Seguridad Social ni lucraba pensión alguna a cargo del sistema. El INSS aplicando el artículo 7.1

antes mencionado, calculó la base reguladora de la pensión de viudedad del Régimen general del modo más favorable a la solicitante, pues como hace ver el escrito de interposición del recurso, si hubiera hecho una aplicación estricta del precepto sumando las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de 24 meses, elegidos por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión (la del fallecimiento del marido), no habría bases computables pues en ese tiempo no hubo cotización alguna; por el contrario, tomó en cuenta las bases de cotización ingresadas mucho antes, es decir, con anterioridad a 1975, pero eso no supone el beneficio añadido que ahora se solicita de aplicar las revalorizaciones desde el inicio del periodo de cálculo de las bases. Como apunta con acierto la sentencia referente, no cabe confundir la base reguladora, la prestación y las revalorizaciones de las pensiones, pues la base ha de calcularse prescindiendo de las revalorizaciones, que sólo son aplicables cuando la prestación ya se ha reconocido.

(...) El fallo impugnado responde a un voluntarismo que no se compadece bien con la letra y el espíritu del artículo 7.3 del Decreto 1646/72, reformado por Real decreto 1795/2003; solamente se refiere la norma a los causantes que, a la fecha del fallecimiento, percibieran pensiones de jubilación o de incapacidad permanente, y como la pensión lucrada sirve de base para el cálculo de la pensión de viudedad, se incrementa con las correspondientes revalorizaciones, pero el caso que contemplamos no se corresponde con el descrito, pues no siendo el causante pensionista de jubilación ni de incapacidad permanente, no existe la posibilidad legal de aplicar revalorizaciones sobre pensiones inexistentes y tampoco parece razonable aplicar el resultado de las revalorizaciones sobre una pensión de viudedad antes de ocurrir el hecho que la origina, cuando en el periodo al que se contrae la demanda ni habría pensión alguna y ni siquiera bases computables para el cálculo de la prestación de viudedad. Pero es que, además, lo que pretende la actora es la revalorización de las bases de cotización inexistentes, en tanto que el artículo 7.3 al que venimos aludiendo lo que permite incrementar no son las bases, sino la pensión del causante, inexistente también en este caso."

4353/06

011

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 22/11007

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

Síntesis

FOGASA. Despido bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002. Tanto la sentencia que declara improcedente el despido como el auto que extingue definitivamente la relación, igual que el auto de insolvencia empresarial, son todos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 45/2002. En cuanto a la normativa a aplicar sobre el régimen de la prestación de garantía a cargo del Fondo hay que estar al artículo 33 del ET en la redacción de la Ley 45/2002, vigente cuando se declaró la insolvencia. Reitera, entre otras, TS 31-1-2007 de Sala General (R. 3797/05), 12-2-2007 (R. 3951/05), 27-6-2007 (R. 2624/06) y 24-7-2007, dos (R. 565/06 y 5184/05).

Doctrina:

"(...) La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, consistente en determinar el alcance de la responsabilidad del FOGASA en relación con el pago de salarios de tramitación no abonados por la empresa declarada insolvente, consecuencia de despidos ocurridos cuando estaba en vigor el artículo 31.1 E.T., en la redacción dada por el R.D.L. 5/2002, que no contemplaba entre las obligaciones del Fondo el pago de tales devengos, dándose la circunstancia de que tanto la sentencia que reconoce la improcedencia del despido como el auto resolviendo el incidente de no readmisión y declarando resuelta la relación laboral, igual que el posterior auto declarando la insolvencia de la empresa, se dictan cuando ya estaba vigente la ley 45/2002, que dio nueva redacción al artículo 31.1 E.T., imponiendo al FOGASA la obligación del pago de salarios de tramitación en los supuestos legalmente establecidos, ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 31 de enero de 2007 (R. 3797/05), dictada en Sala General [que expresamente modifica (FJ 3º) las resoluciones invocadas por el organismo demandado en su escrito de impugnación para sostener la falta de contenido casacional del recurso interpuesto por la actora], y seguida, entre otras, por las de 12 de febrero (R. 3951/05), 27 de junio (R. 2624/06) y 24 de julio, dos, (R. 565/06 y 5184/05) del mismo año, a cuya doctrina ha de estarse por elementales razones de seguridad jurídica. En lo que aquí importa, los razonamientos de la dictada el 12 de febrero de 2007, expresados en su cuarto fundamento jurídico, son los siguientes:

"La contradicción debe, sin embargo, admitirse en otro plano, el que se refiere al ámbito de la prestación de garantía en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, porque a dos declaraciones de insolvencia producidas durante la vigencia de la Ley 45/ 2002 se les ha aplicado un régimen distinto: el del Real Decreto-Ley 5/2002, que niega la prestación de garantía a los salarios de tramitación y el de la Ley 45/2002, que la otorga. Este es, además, el fundamento de la infracción que denuncia el recurso, en el que se dice que para determinar la norma aplicable -el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción del Real Decreto-Ley 5/2002 o el mismo artículo en la redacción de la Ley 45/2002- hay que atender a la fecha de la extinción del contrato de trabajo, conforme a la disposición transitoria 1ª de la Ley. Pero en ese plano, aun aceptando la contradicción, el recurso tiene que fracasar, porque, con independencia de la tesis que pueda mantenerse sobre la procedencia inicial de la condena al abono de los salarios de tramitación, cuestión que no puede ahora ser abordada por falta de contradicción y por falta de impugnación, lo cierto es que, de conformidad, con la doctrina de la Sala a la que ya se ha hecho referencia, la determinación en el tiempo de la norma aplicable en relación con las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial ha de realizarse conforme al principio de prestación causada. Así la sentencia de 22 de marzo de 1988, dictada en recurso en interés de ley, ya declaró que, para determinar el ámbito temporal de la reforma introducida por la Ley de 2 de agosto de 1984 en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y consiguientemente para precisar la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial "ha de

estarse a la fecha de la declaración de insolvencia, porque dos son los requisitos que el precitado artículo 33 exige para que surja la obligación de pago impuesta al Fondo de Garantía Salarial: uno, la sentencia o resolución administrativa que reconoce la indemnización a favor de los trabajadores, y otro, la resolución en que consta la declaración de insolvencia del empresario; declaración ésta que -cumplido el primer requisito de reconocimiento de la indemnización, que es únicamente una expectativa de derecho frente al Fondo- se constituye en elemento fundamental, en la «conditio iuris», de la obligación del mismo al implicarlo por primera vez en la relación jurídica de la que la ley deriva las prestaciones que regula a la que anteriormente era ajeno y que determina su responsabilidad, pues hasta entonces no entraba en juego su cobertura legal, porque el acto extintivo de la relación de trabajo no genera por sí solo obligación alguna a cargo del citado organismo".

De ahí que se establezca como doctrina legal que "debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo, la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo de Garantía Salarial". Criterio éste que ya se había establecido por la Sala en la sentencia de 3 de junio de 1981 y que ha venido aplicándose también en materia de prescripción por las sentencias de 10 de abril de 1990, 21 de enero de 1996, 24 de febrero de 1998 y 17 de diciembre de 1999, en las que se sostiene que el «dies a quo» se determina por la fecha de notificación del auto declarativo de la insolvencia". La parte recurrente se funda en la disposición transitoria 1ª de la Ley 45/2002 para sostener que es el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores en la versión del Real Decreto-Ley 5/2002 la norma aplicable, por tratarse de una extinción producida durante la vigencia de esa disposición. Pero aquí no se trata del régimen jurídico de una extinción del contrato de trabajo, sino del régimen aplicable a una prestación de garantía y ésta se rige por el principio general de Derecho intertemporal, que es el que deriva del artículo 2 del Código Civil en relación con la disposición transitoria 1ª de dicho Código y de la propia disposición final 1ª.2 de la Ley 45/2002; principio en virtud del cual las leyes no tienen efectos retroactivos y así se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen y por la nueva ley los que surgen tras su entrada en vigor. Por otra parte, tratándose de una prestación pública de garantía habría que tener en cuenta también la norma común en materia de régimen transitorio de la Seguridad Social que, en virtud de la disposición transitoria 1ª de la Ley General de la Seguridad Social, atiende para delimitar la norma aplicable a la fecha en que se entiende causada la prestación y es evidente que la prestación de garantía nace a partir de una sucesión de hechos -por una parte, los que delimitan la existencia de la deuda garantizada, pero, por otra, el hecho que establece el juego de la garantía- que termina con la declaración de insolvencia y a esta última hay que atenerse para seleccionar la norma que rige la prestación desde la única perspectiva que puede abordarse en este recurso que, dado el ámbito de la contradicción y de la infracción denunciadas, no es la de la procedencia de la deuda, sino la de la regulación de la garantía del Fondo". (...)

3907/06

012

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 22/11/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Síntesis

DESPIDO. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSA DE ENFERMEDAD NO ES DISCRIMINATORIA, NI ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SU INTEGRIDAD FÍSICO/MORAL. TAMPOCO PUEDE EQUIPARARSE ENFERMEDAD Y DISCAPACIDAD, A LOS EFECTOS DE APLICAR A AQUÉLLA LA PROTECCIÓN LEGAL DE ESTA ÚLTIMA.

Doctrina:

"(...) 1.- Aunque la decisión recurrida hubiese hecho referencia a nuestra doctrina sobre la relación entre el principio de igualdad y la enfermedad, que formalmente acata, no es superfluo recordarla en su integridad, habida cuenta de la vulneración del art. 14 CE fue argumentada en fase de Suplicación. Para esta Sala, a los efectos de la calificación del despido la enfermedad no constituye factor de discriminación, aunque lo sea de trato ilegal, por lo que la decisión extintiva por aquella causa integra despido improcedente y no nulo. En efecto, reiterando precedentes relativos al llamado despido «fraudulento» [SSTS 02/11/93 –rcud 3669/92–; 19/01/94 –rcud 3400/92–; 23/05/96 –rcud 2369/95–; 30/12/97 –rcud 1649/97–], se afirma que «... la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable..., cuando no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral ...». En la afirmación contraria «... se confunden dos principios constitucionales –el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria– que tienen un distinto alcance ... [y] la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación ..., es ... que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento ..., porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, ... desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, ... no es un factor discriminatorio en el sentido estricto ..., aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación ... Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c) 2.º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador» (SSTS 29/01/01 –rec. 1566/00–; 23/09/02 –rec. 449/02–; 12/07/04 –rec. 4646/02–; 23/05/05 –rec. 2639/04–).

Con tal doctrina, diferenciando el principio de igualdad y la proscripción de la discriminación, la Sala no hace sino seguir el criterio reiteradamente expuesto por el Tribunal Constitucional (SSTC 128/1987, de 16/Julio, FJ 5; 207/1987, de 22/Diciembre, FJ 2; 166/1988, de 26/Septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1/Julio, FJ 2; 147/1995, de 16/Octubre, FJ 2; 126/1997, de 3/Julio, FJ 8; 17/2003, de 30/Enero, FJ 3; 41/2006, de 13/Febrero, FJ 3; 154/2006, de 22/Mayo, FJ 4; 214/2006, de 3/Julio, FJ 2; 342/06, de 11/Diciembre, FJ 3; y 3/2007, de 15/Enero, FJ 2).

2.- Tampoco está de más recordar –a pesar de haberse reproducido con todo detalle en la decisión recurrida– que la STJCE 11/07/06 [Asunto Chacón Navas], contiene una serie de decisivas afirmaciones en orden a la materia de que estamos tratando.(...)

(...) Aunque compartamos alguna de las afirmaciones que la decisión recurrida hace, sin embargo discrepamos de otras y –en todo caso– no coincidimos en la secuencia argumental, que parte de un erróneo presupuesto, cual es la «inaceptable asimilación» del derecho fundamental a la vida y a la integridad física [art. 15 CE] con el derecho a la protección de la salud [el art. 43.1 CE], pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen [art. 53.3 CE], pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley (ATC 57/07, de 26/Febrero, FJ 3). El invocado derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento» (SSTC 207/1996, de 16/Diciembre, FJ 2; 220/05, de 12/Septiembre, FJ 4); lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto de autos, en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo –incluso en situaciones de infortunio físico– [art.35 CE], que con independencia de si se trata de un derecho fundamental no tutelable con protección reforzada (STC 167/1990, de 5/Noviembre, FJ 3), o de un simple «derecho constitucional», por no estar incluido en la Sección Primera –sino en la Segunda– del Capítulo segundo del Título I (STC 166/1993, de 20/Mayo, FJ 1), lo cierto es que no excluye la extinción indemnizada del contrato, que encuentra apoyo en el acuerdo libre de voluntades que constituye la base del contrato de trabajo (STC 213/2005, de 21/Julio, FJ 9), fuera de los supuestos en que con la decisión extintiva se vulnera un derecho fundamental (no lo han sido el derecho a la integridad o el derecho a la salud, como hemos razonado). Se distorsiona la realidad de los hechos cuando se afirma –en la decisión recurrida– que la trabajadora ha sido represaliada por haber ejercitado su derecho a la salud [con la baja laboral y asistencia sanitaria], siendo así que en puridad el despido se produce por la situación –inicialmente transitoria– de incapacidad para el trabajo, no por el parte de baja, que es materialización oficial de aquella imposibilidad laboral.

3.- De igual manera hemos de rechazar las invocaciones que la sentencia objeto de recurso hace a la dignidad de la persona como base de la declaración de nulidad del despido, pues si bien tal dignidad es valor jurídico fundamental que consagra el art. 10.1 CE (SSTC 53/1985, de 11/Abril, FJ 8; 57/1994, de 28/Febrero, FJ 4; 196/2006, de 3/Julio, FJ 4), atribuyéndole la cualidad –citado art. 10– de «fundamento del orden político y de la paz social» (SSTC 116/1999, de 17/Junio, FJ 4; y 91/2000, de 30/Marzo, FJ 7), hasta el punto de que la doctrina

constitucional lo califica como base de nuestro sistema de derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21/Julio FJ 4), de todas formas es lo cierto es que no se trata de un derecho fundamental susceptible de protección autónoma (STC 64/1986, de 21/Mayo, FJ 1; y ATC 149/1999, de 14/Junio, FJ 2), sino que únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración del alguno de estos derechos [supuesto de autos, conforme a lo dicho] comporta la inargumentabilidad de aquel «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, de 11/Abril, FJ 8), como base para la decisión a que la sentencia recurrida ha llegado.

4.- Ciertamente la respuesta pudiera haber sido diversa si la cuestión se hubiese planteado en los términos apuntados por nuestra precitada sentencia de 29/01/01 [-rcud 1566/00-], en el sentido de mantenerse que la trabajadora se hallaba afecta de una discapacidad producida por el propio IAM y que en consecuencia le era aplicable la garantía de trato igualitario proporcionada por el art. 4.2.c ET. En este sentido sería hipotéticamente sería argumentable –lo mismo que en supuestos de traumas producidos por accidentes– que el citado

proceso cardiovascular no solamente integraba una enfermedad [en tanto que alteración de la salud], sino que a diferencia de la gran mayoría de éstas [transitoriamente incapacitantes], comportaba por sí misma una secuela –la necrosis del músculo cardiaco– que determinaba la permanente limitación en la capacidad vital y laboral [en grado variable, según la mayor o menor extensión del área afectada], y la consiguiente discapacidad, siquiera todavía no hubiese sido declarada por el correspondiente órgano administrativo, en aplicación de las previsiones del Baremo Anexo al Real Decreto 1971/1999, de 23/Diciembre.

Pero éste no ha sido el planteamiento de parte, ni en instancia ni en Suplicación; aparte de que el hipotético éxito de tal pretensión hubiera requerido –además de la iniciativa de parte– la cumplida prueba de las secuelas definitivas presumiblemente atribuibles al IAM [en razón a la concreta gravedad del proceso] y de su incidencia en la funcionalidad, en términos concretamente merecedores de la específica protección legal [33 por 100 de minusvalía], conforme a las previsiones del art. 7 RD 1971/1999 [23/Diciembre] y al art. 2.2. Ley 51/2003 [2/Diciembre]. (...).

TRIBUNAL SUPREMO

3180/06
013

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 05/12/2007
Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Síntesis

INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. PAGO DELEGADO POR LA EMPRESA QUE, PESE A DESCONTAR LAS CANTIDADES EN LOS DOCUMENTOS DE COTIZACIÓN, NO ABONA LA PRESTACIÓN AL TRABAJADOR. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA EMPRESA, ADELANTO POR LA MUTUA, AL NO EXISTIR DESCUBIERTOS EN LAS COTIZACIONES. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS COMO FONDO DE GARANTÍA DE ACCIDENTES DE TRABAJO. FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL.

Doctrina:

"(...) hay que poner de relieve la inexigibilidad de invocar sentencia de contraste alguna cuando se trata de una materia como la presente, en el que la representación letrada de la Mutua F plantea, al impugnar el recurso, pero que, aún en el supuesto de que no hubiera sido planteada, debería ser examinada de oficio por la Sala por afectar al orden público la cuestión del acceso a suplicación por razón de la cuantía, ya que «puede ser examinada de oficio por la Sala, aunque no concurra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el Tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación (así, SSTS 09/03/92 –rec. 1462/90–; [...] 21/12/92 –rec. 2610/91–; 05/02/93 –rec. 101/92–; [...] 21/01/94 –rec. 4249/92–; [...] 30/12/94 –rec. 1702/94; 26/05/95 –rec. 1647/94–; [...] 21/11/96 –rec. 481/96–; 17/02/97 –rec. 238/96–; [...] 14/11/97 –rec. 714/97–; 09/03/98 –rec. 1306/97–; [...] 03/12/98 –rec. 350/98–; 21/01/99 –rec. 240/98–; [...] 21/03/00 –rec. 2506/99–; [...] 11/12/00 –rec. 2298/00–; 13/03/03 –rec. 1899/01–; [...] 06/10/03 –rec. 4254/02–; 25/02/04 –rec. 3490/02–; [...] 07/12/04 –rec. 4520/03; 06/10/05 –rec. 5834/03–; y 03/02/06 –rec. 4678/04–).

Ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, el de suplicación, sino que se proyecta sobre la competencia del propio Tribunal Supremo, siendo así que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera –a su vez– recurrible en suplicación, y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el previo control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (entre otras, las SSTS 19/07/94 –rec. 2508/93–; 20/01/99 –rec. 4308/98–; 21/03/00 –rec. 2506/99–; 27/06/00 –rec. 798/99–; y 26/10/04 –rec. 2513/03–).

(...) La primera cuestión que procede abordar es la relativa a la competencia funcional de esta Sala, para conocer del presente recurso.

Nuestra sentencia de 19-4-2005 (recurso 2517/2004) resume la doctrina unificada, en los siguientes términos:

"I. La «afectación general» es, como declaró el Tribunal Constitucional, «un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto» (SS. 142/1992 de 13 de octubre, 144/1992 de 13 de octubre, 162/1992 de 26 de octubre y 58/1993 de 15 de febrero).

II. La afectación general o múltiple supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa (siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen «a todos o a un gran número» de aquellos) o los derechos de numerosos beneficiarios de la Seguridad Social frente a ésta.

III. Para apreciarla no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales; basta con la existencia de la situación de conflicto generalizado. Y éste existe desde el momento en que el empresario desconoce los derechos de sus trabajadores, o les priva de tales derechos. Lo que es predicable de las reclamaciones frente a la Seguridad Social, en los casos en que las Entidades Gestoras utilizan criterios uniformes para resolver los actos masa objeto de su competencia.

IV. La conclusión anterior no supone que la afectación general se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas. No se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de si el conflicto surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de unos derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

V. La triple distinción que establece el art. 189. 1 b), pone de manifiesto que la alegación y prueba de la afectación múltiple, no es necesaria cuando se trate de «hechos notorios», ni cuando el asunto «posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes».

VI. La notoriedad que abre el acceso al recurso de suplicación, no puede ser la «notoriedad absoluta y general» de que habla el art. 281-4 LEC. Para su apreciación bastará con que, por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal.

VII. Tampoco es necesaria la alegación y prueba de la afectación general en los casos en que la cuestión debatida «posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes». Se trata de una categoría próxima a la idea de notoriedad, pero

en la que el vigor de la evidencia de la afectación múltiple es de menor intensidad. (...)

X. De lo expuesto se deriva que al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión."

Ninguna de las circunstancias antes descritas concurre en el presente supuesto, sin que estemos ante un hecho notorio ya que, ni la naturaleza de la cuestión debatida, ni las circunstancias que en ella concurren, permitan calificar la existencia de notoriedad, no constando tampoco la existencia de un número relevante de procesos con iguales pretensiones. Por ello ha de concluirse que no cabía recuso de suplicación al amparo de lo establecido en el artículo 189. 1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral. (...)"

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 18/12/2007
Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

44/07

014

Síntesis

Reintegro a la Mutua de lo abonado al trabajador por incapacidad permanente parcial luego revocada. No hay obligación de reintegro por el beneficiario. Reitera la doctrina de las SSTs 14.3.1994, 7.4.1998, 31.10. 2001, 6.3.2003y 15.11.05.

Doctrina:

"(...) El recurrente alega infracción por vulneración del artículo 144.3 párrafo 3º de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, del artículo 136 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, del artículo 94.3 del Real Decreto 1637/95, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, actualmente sustituido por el artículo 71.1 del R.D. 1415/04 de 11 de junio, así como de la jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que los interpreta.

La cuestión ha sido ya unificada por esta Sala en varias sentencias, entre otras la sentencia de 15 de noviembre de 2005, recurso 4045/04, a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica, al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En dicha sentencia se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

"La cuestión que suscita el presente recurso ha sido ya resuelta por la Sala en sus sentencias de 14 de marzo de 1994 y 31 de octubre de 2001. La primera resolución considera que, pese a su derogación por el Real Decreto Legislativo 36/1978 y Real Decreto 2609/1982, hay que considerar vigente la regla que contenía el artículo 144 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, a tenor del cual la ejecutividad de las resoluciones administrativas que reconocían el derecho a las prestaciones determinaba que si, como consecuencia de su revocación judicial, se anularan derechos reconocidos en vía administrativa, el beneficiario no quedaría obligado a reintegrar lo percibido, asumiendo esta obligación el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. La sentencia de 31 de octubre de 2001 completa este razonamiento, señalando que en el régimen vigente nos encontramos ante la misma situación, pues, de una parte, la ejecutividad de las resoluciones administrativas sigue afirmándose en el artículo 6.4

del Real Decreto 1300/1995 y, por otra, el artículo 91.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, establece que "cuando una sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna". Es cierto, como señala la parte recurrida, que este precepto se refiere a los capitales coste de renta, pero eso no significa que no resulte aplicable en el presente caso, porque, aparte de que la norma se refiere también a otras prestaciones, lo importante no es que se haya ingresado o no la cantidad correspondiente en la Tesorería General de la Seguridad Social, sino el principio de garantía que se recoge y que es distinto del que se desprende de los artículos 290 y 293 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin duda porque en la ejecución provisional judicial -a diferencia de lo que ocurre con la administrativa- no hay ejecutividad por ministerio de la ley. De ello resulta, como señala la sentencia de 31 de octubre de 2001, que ha de entenderse vigente la regla del artículo 144.3 de la Ley General de la Seguridad Social para los reconocimientos efectuados en el procedimiento administrativo de declaración de la invalidez. No desconoce la Sala la doctrina de sus sentencias de 4 de marzo de 1998 y 6 de marzo de 2003, pero, como señala la sentencia citada en primer lugar, para fundar la diferencia de la solución que aplica frente a la que acogió la sentencia de 14 de marzo de 1994, no se trataba en estos casos de la anulación de un derecho reconocido, sino de la transformación del derecho concedido en primer lugar (reconocimiento de una incapacidad parcial) en un derecho superior (concesión de una incapacidad permanente total)".(...)"

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia 1 4/01/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

Síntesis

Doble escala salarial. Mantenimiento "ad personam" de un complemento personal compensatorio. Alcance de la pretensión ejercitada en proceso de impugnación de convenio colectivo, cuando no se pide la anulación del eventual privilegio sino su generalización. Inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la ley. La diferencia se justifica por tratarse de una garantía de los derechos adquiridos.

Doctrina:

"(...) El recurso formaliza un único motivo en el que denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución, por entender que el establecimiento del plus de productividad por el precepto cuya nulidad se postula -el artículo 16 del convenio impugnado- determina que se retribuya de manera desigual el trabajo en función de la fecha del comienzo de la prestación de servicios. La diferencia retributiva que se denuncia no se produce en realidad en el artículo mencionado, pues éste se limita a establecer un complemento de producción para todo el personal con cuantías uniformes por años, con lo que no hay en este precepto, considerado en sí mismo, diferencia de trato alguna. La diferencia se produce cuando esta norma se pone en relación con el artículo 12 del convenio colectivo, en el que se establece que "se respetarán con carácter puramente personal los importes individualmente reseñados en el Anexo 2 del complemento personal compensatorio". (...).

Lo que en realidad pide la parte no es la simple declaración de nulidad del artículo 16 del convenio, sino la anulación del complemento de producción y la generalización del abono de los importes del complemento personal compensatorio a todo el personal de la empresa, como forma de restaurar la igualdad de trato. Esta es la conclusión lógica de toda la demanda y así se reconoce de forma explícita en el párrafo final del recurso cuando se dice que "tal nulidad supone que todo el personal de la empresa Transportes Generales Comes, S.A. deba percibir el complemento personal compensatorio previsto por el artículo 12 del aludido Convenio Colectivo, a razón de 248,70 euros por cada una de las 16 pagas para la categoría profesional de conductor-perceptor, la cantidad de 157,13 euros en cada una de dichas pagas para el personal de taller y 127,18 euros en cada aludida paga para el resto del personal de la empresa". Es una petición que excede de lo que en términos técnicos es una simple anulación del trato diferencial, pues implica una regulación adicional, al extender la norma más beneficiosa -en este caso los importes del complemento- fuera de su ámbito de aplicación. El principio de igualdad se garantizaría tanto generalizando el artículo 12, como haciendo lo mismo con el artículo 16, o incluso anulando ambos para que las partes negocien otra norma. Pero lo cierto es que la doctrina constitucional ha venido admitiendo en estos supuestos, con cierta generalidad, la denominada equiparación en lo favorable, de manera que la concurrencia de las normas se resuelve eliminando la que introduce el trato desventajoso y generalizando el tratamiento más beneficioso, como puede verse, por ejemplo, en las SSTC 81/1982, 103 y 104/1983, 145 /1991 y 286/1994, si bien la STC 315/1994 advierte que "el principio de igualdad no siempre es motor de una generalización del régimen más favorable y, muy al contrario, puede exigir la supresión del beneficio si éste fuera injustificado y no razonable... con un criterio deferencial incompatible con el sistema de valores de la constitución". Y la STC 27/2004, sobre la doble escala salarial, después de declarar contrario al artículo 14 de la Constitución Española el trato desigual establecido en el convenio colectivo, remitió al órgano jurisdiccional competente la determinación de las consecuencias salariales de esta declaración. En alguna sentencia se ha dicho incluso que en

determinados casos, "atendiendo a las circunstancias concurrentes, es suficiente... con declarar la vulneración del derecho a la libertad sindical", sin necesidad de un pronunciamiento anulatorio específico (STC 225/2001). También esta Sala ha mantenido con carácter general el criterio de equiparación en lo más favorable (sentencias de 22 de enero de 1.996, 3 de octubre de 2.000, 21 de enero de 2.004, 26 de abril de 2.004, 20 de abril de 2.005 y 6 de noviembre de 2.007). Estos problemas no se suscitan de forma directa en el presente caso a la vista del fallo de instancia y del que se adopta en el presente recurso. Conviene, sin embargo, precisar que la Sala no desconoce que la equiparación en lo más favorable puede afectar al equilibrio del convenio. Pero ni la garantía de este equilibrio, ni las cláusulas de vinculación a la totalidad -como la que recoge el artículo 3 del convenio aquí examinado- pueden actuar como una forma de inmunidad para las cláusulas del convenio frente a las normas de carácter superior (STC 189/1993, fundamento jurídico séptimo, y sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1.990, fundamento jurídico sexto). La garantía del equilibrio del convenio permitirá, en su caso, una denuncia anticipada del convenio para iniciar una nueva negociación que restablezca el equilibrio, pero no puede convertirse en una garantía de subsistencia de cláusulas contrarias a la constitución o la ley. (...).

(...) La doctrina de la Sala ha precisado que el problema de las dobles escalas salariales ha de abordarse no en el marco de la tutela antidiscriminatoria, sino dentro del principio de igualdad ante la ley. Así la sentencia de 20 de junio de 2.005, reiterando los criterios de las sentencias que cita, señala que las diferencias que se establecen normalmente en las mencionadas escalas, ponderando la fecha de ingreso en la empresa, la de adquisición de la fijeza o el carácter temporal o indefinido del vínculo contractual, no afectan propiamente a la cláusula de prohibición de la discriminación en la medida en que la utilización de esos factores de diferenciación no queda comprendida entre los que enumera el inciso segundo del artículo 14 de la Constitución. En efecto, la cláusula antidiscriminatoria se caracteriza por establecer una reacción más enérgica que la que deriva del principio de igualdad, pues se impone a las relaciones privadas y no admite justificaciones, cuando «para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista» (sentencia de 26 de abril de 2004 y las que en ellas se citan). Como dice la STC 27/2004, «la prohibición de discriminación representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española, mientras que «en contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato».(...)».

1334/04

016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sec.7ª – : Sentencia 01/09/2007

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

Síntesis

FUNCIÓN PÚBLICA. CONVOCATORIA DEL AYUNTAMIENTO DE LANGREO RESTRINGIDA AL PERSONAL LABORAL QUE OCUPA PLAZAS TRANSFORMADAS EN FUNCIONARIALES.

APLICABILIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOQUINTA DE LA LEY 30/1984 A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

JUSTIFICACIÓN DE LA CONVOCATORIA RESTRINGIDA. SÓLO LO ESTÁ PARA LAS PLAZAS QUE NECESARIAMENTE HAN DE SER FUNCIONARIALES, PERO NO ASÍ PARA LAS QUE LEGALMENTE PUEDEN SER SIGUIENDO LABORALES.

Doctrina:

"(...) El recurso de casación que aquí ha de examinarse lo ha interpuesto el AYUNTAMIENTO DE L, que esgrime en su apoyo cuatro motivos, todos ellos amparados en la letras d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

El primero sostiene haberse producido una lesión del artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, con el razonamiento de la uniformidad existente entre dicho precepto legal y el artículo 15 de la Ley 30/1984 sobre que el estatuto funcional sea la regla general y el laboral la excepción.

El segundo señala la lesión de los siguientes preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública (LMRFP): los artículos 1.5 y 16 y la disposición transitoria decimoquinta. Se argumenta para ello que la aplicación de esta transitoria derivaría del mandato de supletoriedad de dicha ley para todo el personal al servicio de las Administraciones públicas que contiene su artículo 1.5; y que su artículo 16 dispone que también la Administración local formará las relaciones de puestos de trabajo existente en su organización.

El tercero denuncia la lesión del artículo 14 de la Constitución porque, estando dispuesto que la Administración local forma parte del sector público en multitud de normas estatales que establecen restricciones en materia de función pública (como son los límites a los incrementos retributivos), no obedece a ninguna justificación razonable la inaplicación a los entes locales de esa misma legislación sobre función pública estatal en la materia aquí controvertida.

El cuarto reprocha la infracción de la jurisprudencia constituida por las sentencias 99/1987, de 11 de junio, y 112/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional, y 20 de junio de 1996 y 20 de marzo de 2001 de este Tribunal Supremo.

Para apoyarlo se desarrolla esta primera idea. Que la disposición transitoria quinta de la Ley 30/1984 tiene su origen en el criterio sentado por la STC 99/1987 de que la Administración pública debe nutrirse como regla general por funcionarios y solo como excepción por personal laboral y ese criterio quedó plasmado en el artículo 15.1.c) de dicha ley, pero que el ámbito de personal laboral así definido lo fue como posibilidad y no como necesidad u obligación, por lo que nada impide a una Administración disponer que todo su personal sea funcionario.

Se razona en segundo lugar que, aceptando dialécticamente que el proceso de funcionarización debía quedar limitado únicamente a los puestos que en el nuevo esquema legal tienen necesariamente que ser de estatuto funcional, la convocatoria aquí controvertida debía de haberse salvado para aquellas plazas en las que concurre dicha necesidad legal.

Se aduce posteriormente que carece de justificación la tardanza reprochada en cuanto a la convocatoria de funcionarización por que

la repetida transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984 no establecía plazo de caducidad.

Y se subraya, finalmente, que se dan en el caso enjuiciado todos los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para declarar la validez constitucional de los accesos restringidos: (a) situación excepcional, (b) utilización del procedimiento por una sola vez y (c) autorización en una norma con rango de ley; para lo que se pone especial énfasis en que la finalidad de la convocatoria litigiosa, con esa limitación de la participación en ella del personal laboral que ocupa los puestos funcionariales, convocados, es evitar una duplicación de plantilla.

(...) El planteamiento del recurso que ha quedado expuesto pone de manifiesto que las cuestiones a dilucidar en el actual debate casacional son estas dos: (1) si era aplicable a la Administración local la excepcional vía de acceso a la función pública dispuesta por la disposición transitoria décimo quinta de la Ley 30/1984 -LMRFP- para el personal laboral que, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, de 28 de julio, se hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios; y (2) si dicha excepcional vía de acceso podía ser acordada para la totalidad de las plazas que fueron objeto de la convocatoria litigiosa.

La primera cuestión merece una respuesta afirmativa y favorable al recurso de casación, reiterando lo que sobre esta misma cuestión ya declaró esta Sala en su sentencia de 11 de febrero de 2007 (Casación 1234/2002).

En ese anterior pronunciamiento de esta misma Sala y Sección ya se puso de manifiesto que la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, obligó a reformar la primitiva redacción del artículo 15 de la Ley 30/1984 y esto lo llevó a cabo la Ley 23/1988, de 28 de julio; y se dijo también que esa nueva regulación fue la que impuso la necesidad de la medida (a la que seguidamente se hará referencia) contenida en la disposición transitoria decimoquinta que al mismo tiempo fue introducida en esa misma Ley 30/1984 (a la que la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, posteriormente dio una nueva redacción).

Así mismo se declaró, y esto es lo que aquí debe ser subrayarse, que las previsiones de ese artículo 15 y esa disposición transitoria decimoquinta que acaban de mencionarse son aplicables supletoriamente al ámbito de la Administración local, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.4 de la propia Ley 30/1984 y en el artículo 92.1 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local.

La solución de la segunda cuestión debe buscarse tomando en consideración, en primer lugar, cual fue la el alcance y finalidad perseguida por esa excepcional vía de funcionarización dispuesta por la tan repetida disposición transitoria decimoquinta de la LMRFP: ofrecer, tras el nuevo criterio legal de delimitación de los puestos que excepcionalmente pueden ser laborales, una solución que permita hacer coincidir el régimen aplicable al titular del puesto con la naturaleza legalmente prevista para el puesto; esto es, evitar en lo posible la anomalía

o distorsión que significa que un puesto legalmente definido como funcional sea desempeñado por personal laboral.

En segundo lugar, debe tenerse también en cuenta que, tratándose de un acceso restringido a la función pública, sólo estará debidamente justificado, desde la perspectiva del principio de igualdad de acceso a la función pública (artículo 23.2 CE), para quienes se encuentren en esa situación de anomalía que pretende resolverse.

Pues bien, partiendo de ambas premisas, habrá de concluirse que la restringida vía de acceso prevista en la convocatoria litigiosa estaba justificada para aquellos puestos que, a partir de la Ley 23/1988, ne-

cesariamente tienen que ser funcionariales, pero no así para los que la ley sigue permitiendo su desempeño por personal laboral.

(...) Finalmente, debe añadirse lo siguiente. Que una cosa es la libertad que pueda ser reconocida a una Administración para que en uso de su potestad autoorganizativa utilice o no la posibilidad de puestos laborales que como excepción la ley permite, pero otra muy diferente es que efectúe esta misma opción voluntaria para facilitar a determinado personal una vía restringida de acceso a la función pública que, por no ser necesaria, no podrá considerarse justificada. (...).

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sec.2ª – : Sentencia 28/11/2007
 Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón

2460/02
 017

Síntesis

Impuesto de Sociedades. Provisión por depreciación de la cartera de valores

Doctrina:

"(...) Uno de los principios contables fundamentales es el de "prudencia valorativa", hoy recogido en el artículo 38.1.c) del código de Comercio y que supone que mientras los ingresos y beneficios se imputan cuando se materializan, las pérdidas o quebrantos se registran desde el momento en que se prevean a través de una evaluación racional. Las provisiones son una consecuencia del indicado principio y tienen por objeto: 1º) Cubrir determinados gastos, pérdidas o deudas probables o ciertas, pero indeterminadas en cuanto a su importe o en cuanto a la fecha en que se van a producir; en ese caso se denominan provisiones de pasivo, y forman parte del pasivo exigible de la empresa. 2º) Minorar el valor de los bienes y derechos que aparecen en el Balance, bien por haber disminuido el precio de mercado por debajo del valor neto contabilizado, en el caso de los bienes, siempre que esa disminución no sea definitiva, o bien porque se teme no cobrar el importe de los derechos. En ambos casos se denominan provisiones de activo, y deben figurar en el activo del balance con signo negativo, si bien que cuando la disminución de valor es definitiva, se lleva directamente a resultados, y, como contrapartida, se rebaja el valor del elemento de activo correspondiente.

El artículo 100 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 2362/1982, de 15 de octubre, tras determinar en su apartado 1 que "para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los ingresos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos necesarios para la obtención de aquéllos y el importe del deterioro sufrido por los bienes de que los ingresos procedan", incluye en la enumeración del apartado 2, entre los que merecen tal consideración a: "g) Las dotaciones a las provisiones". Y en el precepto dedicado específicamente a estas, es decir el artículo 116, se señala que: "1. Se incluirán como dotaciones del ejercicio a provisiones las que figuren debidamente contabilizadas y aplicadas a: ... c) La «Provisión por depreciación de la cartera de valores», de conformidad con el art. 72 de este Reglamento."

Pues bien, el artículo 71.2 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, aprobado por Real Decreto 2632/1982, de 15 de octubre, establece que: "Cuando el valor de realización de los valores mobiliarios al cierre de ejercicio, a tenor de su cotización, valor de reembolso o valor según libros de sociedad participada, resulte

inferior a su valor neto contable en la Sociedad inversora, podrá ajustarse su valoración mediante la dotación de las provisiones a que se refiere el artículo siguiente."

Pero esta Sección ya ha dado respuesta a esta tesis en la Sentencia de 24 de abril de 2007, referida al período comprendido entre el 1 de enero a 4 de junio de 1990, en la que se desestimó el recurso de la entidad (...). En ella, tras hacer una descripción de los hechos desde 1988 a 1991, se señala que "es patente que la situación final es casi idéntica a la inicial. Pero es igualmente patente, que en el camino, y mediante una serie de trezadas operaciones jurídicas y contables se han pretendido esfumar más de 800 millones de beneficios con el consiguiente perjuicio fiscal" añadiendo que "un sistema fiscal que merezca esa denominación no puede aceptar semejante resultado y más si no existe una razón económica o social, distinta de la disimulación de los beneficios, que justifique el camino andado". Tras ello, se expone, en forma que es igualmente aplicable al caso presente, incluso en cuanto a las citas de los escritos de la recurrente, y que ahora ratificamos (...)

A nuestro juicio el quid de la cuestión lo ofrece al propio recurrente cuando afirma en la página 29 de su demanda:

(...) La adquisición de la mayoría del capital justifica el desembolso de un importe marginalmente superior al estricto valor de la compañía en la fecha de cierre. Dicho sobreprecio produce al cierre del ejercicio del adquirente una depreciación sobre el valor de la cartera de naturaleza absolutamente provisional o temporal, puesto que los resultados futuros de la compañía deben confirmar la buena decisión de los compradores, y compensar con creces la apuesta hecha en el momento de la realización del importante desembolso necesario para tomar la posición estratégica de mayoría absoluta en el capital de la compañía adquirida.

(...) Ciertamente, la consecución de la mayoría social es siempre positiva, pero en este caso, el logro del objetivo propuesto exigió un sobreprecio, que más tarde, resultó manifiestamente por encima del valor probable de realización".

(...) De lo razonado se infiere que los preceptos invocados son inaplicables al no haberse producido las pérdidas patrimoniales alegadas, ni siquiera por la vía de la "anotación contable" y, tampoco eran éstas racionalmente previsibles a la vista de los hechos acaecidos, lo que hubiera justificado la constitución de una provisión."

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sec.7ª – : Sentencia 17/12/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

Síntesis

Revisión de oficio de actos nulos. Inadmisión a trámite de la solicitud.

Sanción de separación del servicio. Aplicación retroactiva de la reforma legal que motivó la revisión de la condena penal por haber dejado de ser delito la conducta que determinó también la imposición de la sanción.

La jurisprudencia de esta Sala declara procedente la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable, incluso cuando la reforma legal se haya producido después de concluida la vía administrativa y estando ya entablado el recurso en vía jurisdiccional; pero el caso examinado es distinto pues el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo sancionador ya fue desestimado por sentencia firme, y, por tanto, no nos encontramos ahora en el momento de resolver la impugnación dirigida contra el acto administrativo sancionador –en tal caso habríamos de afirmar sin reserva alguna la procedencia de aplicar retroactivamente la norma más favorable, como se hace en las sentencias que invoca el demandante– sino ante la pretensión de que se revise una sanción respecto de la que ha recaído pronunciamiento jurisdiccional firme con valor de cosa juzgada, y que ya ha sido ejecutada.

Desestimación del recurso.

Doctrina:

"(...) Aunque el demandante formula sus alegaciones de forma extensa y prolija, su planteamiento puede sintetizarse señalando que la petición de revisión de la resolución sancionadora pretende sustentarla en dos pilares:

A) La sanción de separación del servicio que se impuso al recurrente es nula de pleno derecho (artículo 62.1.a/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) porque al imponer tal sanción la resolución ministerial parte de un premisa errónea, la de considerar que Sr. Bragado de las Heras había sido condenado por delito tipificado en el artículo 452. bis.a/ del antiguo Código Penal cuando en realidad no fue condenado por ese tipo sino como autor del delito tipificado en el artículo 452. bis.d/ del citado Código.

B) La traslación al ámbito administrativo sancionador de los principios propios del derecho penal, en particular los de legalidad, tipicidad y retroactividad de la norma más favorable, determina que la aplicación retroactiva de la norma penal que determinó la revisión de la sentencia condenatoria se proyecte también en el ámbito administrativo disciplinario, especialmente cuando la reforma penal produce la desaparición de la infracción disciplinaria, sin que tal aplicación retroactiva quede impedida por el hecho de que la sanción se esté cumpliendo o incluso esté ya cumplida.

El primero de los argumentos no puede prosperar pues aunque la acción de nulidad regulada en el artículo 102 de la Ley 30/1992 no está sujeta a plazo, su ejercicio no resulta viable cuando el acto administrativo cuya nulidad se propugna ha sido ya enjuiciado en vía contencioso-administrativo y ha recaído con relación al mismo un pronunciamiento jurisdiccional desestimatorio de la impugnación. Dicho de otro modo, el efecto de cosa juzgada derivado de la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2001 (casación 9358/97) que desestimó el recurso de casación dirigido contra la sentencia de Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 1.997 (nº 2080/95) impide que puedan formularse ahora, por el cauce del mencionado artículo 102 de la Ley 30/1992, nuevos argumentos de impugnación referidos a la resolución sancionadora de 3 de julio de 1995. (...)

En cuanto a la incidencia que la revisión de la condena penal habría de tener en la sanción disciplinaria que se había impuesto al Sr. B con anterioridad, hacíamos en la sentencia de 18 de diciembre de 2001 (casación 9358/97) las siguientes consideraciones: "... La virtualidad despenalizadora del nuevo Código Penal, y su eficacia sobre condenas penales ya firmes en fase de ejecución, es algo

que corresponde decidir a los órganos jurisdiccionales del orden penal. Y la incidencia que estas nuevas decisiones de los tribunales penales podrán tener sobre actos administrativos anteriores a ellas no será la invalidez de dichos actos, sino, como máximo, la posibilidad de instar la revisión de lo decidido por ellos". Por lo pronto, basta leer el párrafo transcrito para constatar que ahí no se afirma, ni siquiera se sugiere, que proceda la revisión de la sanción por el cauce previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992 –revisión de oficio de los actos nulos– pues claramente se deja establecido que la incidencia que la revisión de la condena penal pueda tener respecto de los actos administrativos anteriores "no será la invalidez"; y si se descarta la invalidez, no puede estar haciéndose alusión a la revisión de actos nulos prevista en el mencionado artículo 102. Lo que se indica en ese párrafo, es, sencillamente, que la revisión de la condena penal no afecta a la legalidad y validez del acto administrativo sancionador, que era lo que se dilucidaba en aquel proceso, y que, por tanto, sólo en un procedimiento administrativo separado cabría plantear, en su caso, la acomodación de la resolución sancionadora –esto es, la revisión de lo decidido en ella– en consonancia con el cambio producido en la condena penal.

(...)Hecha la anterior precisión, si analizamos cómo opera la retroactividad de la norma más favorable en el ámbito estrictamente penal constatamos que existe una nítida distinción entre las penas que se encuentran en fase de cumplimiento y aquellas otras que están ya cumplidas o ejecutadas.

Respecto de las primeras, la aplicación retroactiva de la reforma conduce a la revisión de la pena que se está cumpliendo; y así sucedió en el caso que nos ocupa en el que, como ha quedado señalado, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto con fecha 15 de julio de 1996 en el que se acuerda dejar sin efecto la parte de la condena de inhabilitación absoluta que estaba pendiente de ejecución, al haber sido despenalizado el tipo por el que se había condenado al Sr. B.

La solución es muy distinta cuando se trata de penas ya cumplidas o ejecutadas, como ha tenido ocasión de explicar la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en supuestos en que sobreviene el indulto o una reforma legal más favorable cuando la pena se encuentra ya cumplida. (...). Aunque en la demanda no se utiliza este argumento, cabría pensar en la posibilidad de aplicar por analogía al caso lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ("Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la

exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente"). Pero el intento chocaría de nuevo con el obstáculo de que la sanción cuya revisión se pretende –por aplicación retroactiva de la reforma legal que despenalizó la conducta– no solo fue confirmada por sentencia firme sino que está completamente ejecutada, pues quedó plenamente cumplida en el momento en que se materializó la separación del servicio (sobre la falta de virtualidad del mencionado artículo 73 LJCA cuando se trata de sanciones ya ejecutadas puede verse la sentencia de la Sección 4ª de esta Sala de 3 de julio de 2007 (recurso 345/2005). (...)).



123/06

019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sec.7ª – : Sentencia 21/12/2007
 Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

Síntesis

Derecho de huelga. Servicios esenciales. Necesidad de motivación.

Vulneran el derecho reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución los apartados del Real Decreto que incluyen como servicios esenciales la “emisión, dentro de los horarios y canales habituales de difusión, de una programación grabada” y “la producción y emisión de la normal programación informativa”, así como la “producción y retransmisión de las competiciones o acontecimientos deportivos previamente catalogados como de interés general que tengan lugar durante la jornada de huelga”.

En el Real Decreto impugnado no es la Administración quien fija los servicios mínimos, pues su determinación se deja en manos de la Dirección del ente público RTVE, órgano que no puede ser considerado como un delegado de la “autoridad gubernativa” a la que la norma atribuye la potestad para adoptar medidas que garanticen la efectividad de los servicios esenciales. A tal efecto debe tenerse presente la autonomía funcional que legalmente tiene reconocida el Director General de RTVE y su singular estatuto jurídico, con mandato de duración preestablecida y causas de cesa tasadas. Se trata, en realidad, del director ejecutivo de un ente público funcionalmente independiente, y, por ello mismo, en las decisiones que adopte con relación a una huelga que afecte a la entidad que dirige difícilmente estarán presentes las notas de neutralidad e imparcialidad que deben presidir la fijación de los servicios mínimos para que éstos no comporten un sacrificio injustificado del derecho de huelga. Modificación en este punto de la doctrina anterior de la Sala. Estimación del recurso contencioso-administrativo.

Doctrina:

“(…) La Constitución reconoce en su artículo 28.2 el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. También dispone que en su ejercicio habrá de asegurarse el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. A falta de la ley que ha de regularlo, todavía no dictada por las Cortes Generales, es el artículo 10, párrafo segundo, del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, consideró que no era contrario al texto fundamental, el que faculta a la autoridad gubernativa para acordar las medidas precisas para ello cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier servicio público o de inaplazable y reconocida necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad. La jurisprudencia que a lo largo de los años ha venido interpretando estas previsiones ha entendido que la exigencia de mantener los servicios esenciales de la comunidad durante el ejercicio del derecho a la huelga es una restricción del mismo que solamente podrá considerarse constitucionalmente justificada si, entre otros requisitos, se impone de forma motivada. También ha dicho que esa motivación ha de considerar las circunstancias específicas de cada convocatoria de huelga y razonar a partir de ellas las medidas de aseguramiento de los servicios esenciales que se imponen, las cuales, por lo demás, han de ser proporcionadas. Procede reseñar aquí lo declarado por este Sala en sendas sentencias de 19 de noviembre de 2007 (casación 5755/04 y 7750/04) en las que se reitera a su vez lo señalado en sentencia de 19 de febrero de 2007 (casación 8252/2002) en los siguientes términos:

<< (...) Conviene recordar a este respecto que uno de los aspectos principales de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional a

propósito del ejercicio del derecho a la huelga y de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad es el relativo a la motivación de los que se establezcan. Motivación que exige como un requisito esencial para la validez de las resoluciones gubernativas que los impongan y que entiende como la exposición, aunque sea sucinta, de las concretas razones por las que se establecen unos precisos servicios mínimos en las particulares circunstancias que concurren en la singular huelga a la que se refieran. La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el por qué de los mismos. Poseen, además, una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los fija, porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución.

De esta manera, aquellas resoluciones que señalen los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias específicas de aquélla a la que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho a la huelga, tal como las han perfilado el Tribunal Constitucional (...)>>.

Pues bien, trasladando esta doctrina al caso que ahora nos ocupa se llega la conclusión de que, como destacan el Sindicato demandante y el Ministerio Fiscal, el Real Decreto 392/2006 no cumple la exigencia de motivación entendida en los términos expuestos, pues, salvo en lo

relativo a los acontecimientos deportivos catalogados como de interés general –a los que se dedica una referencia que no estaba presente en disposiciones anteriores de significado equivalente, porque en ellas no había un apartado equiparable al artículo 2.d/ del Real Decreto aquí recurrido– el preámbulo en el que razona la catalogación de los servicios esenciales es igual al otros reales decretos referidos a convocatorias de huelga anteriores, pero no se hace en el Real Decreto 392/2006 ninguna mención a las características específicas de la huelga convocada para el día 5 de abril de 2006 ni ofrece explicación que permita sostener que las consideraciones genéricas contenidas en el citado preámbulo y la enumeración de servicios esenciales del artículo 2 puedan ser válidas para huelgas de características diferentes. (...) En lo que se refiere a los apartados del Real Decreto impugnado que incluyen entre los servicios esenciales la "emisión, dentro de los horarios y canales habituales de difusión, de una programación grabada" y la "producción y emisión de la normal programación informativa" (artículo 2, apartados a/ y b/) las alegaciones de la parte demandante y del Ministerio Fiscal debe ser acogidas en virtud de lo declarado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 183, 184, 191 y 193, todas de 19 de junio de 2006, en las que, anulando sentencias esta Sala de 17 de enero de 2003 y 7 de noviembre de 2003 –de cuyo criterio, por otra parte, ya nos habíamos apartado desde la sentencia de 16 de mayo de 2005 (casación 6940/01)– se declara la

nulidad de disposiciones del mismo tenor contenidas en el Real Decreto 531/2002, donde también se consideraban servicios esenciales la emisión de la programación grabada y de la normal programación informativa, y las equivalentes del Real Decreto 527/2002, de 14 de junio.

(...)En esa misma línea de razonamiento esta Sala se ha pronunciado con relación a diferentes resoluciones administrativas que, con ocasión de otras convocatorias de huelga, catalogaban como servicios esenciales la emisión de programación grabada y de la normal programación informativa. Pueden verse en este sentido las sentencias de 26 de marzo de 2007 (casación 1797/2003), 28 de marzo de 2007 (casación 1800/03), 19 de abril de 2007 (casación 1314/2003) y 2 de julio de 2007 (casación 4187/2003), así como las dos sentencias ya citadas de 19 de noviembre de 2007 (casación 5755/04 y 7750/04).

Por tanto, también en este caso debe declararse vulnerado el artículo 28.2 de la Constitución por las disposiciones contenidas en los apartados a/ y b/ del Real Decreto 392/2006, de 31 de marzo.(...).

(...)Los razonamientos que llevamos expuestos llevan a considerar también contrario al artículo 28.2 de la Constitución el apartado del Real Decreto 392/2006 (artículo 2.d/) que incluye entre los servicios esenciales la producción y retransmisión de las competiciones o acontecimientos deportivos previamente catalogados como de interés general que tengan lugar durante la jornada de huelga.(...)"

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda: Sentencia 05/11/2007 (STC. 233/2007)

Ponente: Excmo Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez

6219/05

020

Síntesis

Tutela de derechos fundamentales. Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: inexistencia de postergación profesional de una trabajadora a causa de su maternidad (STC 182/2005).

Doctrina:

" (...)Procede examinar, consiguientemente, las distintas denuncias que sustentan el recurso, advirtiendo ya que, pese a alegarse la lesión de dos derechos fundamentales (en relación al art. 14 CE, por discriminación por razón de sexo, y al art. 24.1 CE, en su vertiente de garantía de indemnidad), la propia trabajadora recurrente reconduce la queja, en exclusiva, al primero de ellos. Como afirma expresamente en su recurso, el hecho que constituye el fundamento de la invocación de la garantía de indemnidad (a saber: que el cambio de puesto de trabajo supuso una represalia por las denuncias ante la Inspección de Trabajo) se considera no sólo, ni siquiera tanto, un acto contrario a la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE cuanto una expresión adicional o final de una secuencia discriminatoria por razón de sexo (art. 14 CE). Por ese motivo la propia demanda de amparo integra aquella queja en ésta, lo que explica que el suplico del recurso se refiera únicamente a la vulneración del art. 14 CE, sin citar el art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad. (...).

(...) Centrado así el objeto de nuestro enjuiciamiento, debemos comenzar recordando nuestra doctrina sobre la prohibición de discriminación que consagra el art.14 CE. Entre tantas otras, la STC 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero de 2002 (FJ 4), sienta los principios básicos en la materia:

"La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a

continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en re-

lación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FFJJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los tópicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)".

(...) A esos perfiles generales de la prohibición de discriminación se añaden otros específicos respecto de la que se produce por razón de sexo (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 3/2007, de 15 de enero). En lo que ahora interesa para la solución del caso procede recordar que tal tipo de discriminación comprende, sin duda, 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 una conexión directa e inequívoca con el sexo, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4, o, más recientemente, 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3).

Esa protección constitucional asociada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo. Igualmente, para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24

de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, por añadir otros pronunciamientos a los ya citados).

De esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad.

(...) La falta de ocupación efectiva de la recurrente, por su parte, tiene relación directa con la negativa de la misma a desempeñar las funciones encomendadas, según afirma el relato fáctico de las resoluciones judiciales, discrepancia que pone de manifiesto la existencia de un conflicto sobre la interpretación del art. 46.3 LET, pero que no resulta reveladora de que se haya producido en el caso una discriminación por razón de sexo, dada la falta de justificación del perjuicio laboral que hubiera ocasionado a la trabajadora el desempeño de las funciones encomendadas o, particularmente, de la aportación de un nexo causal que enlace el encargo funcional que la recurrente discute con el previo ejercicio del derecho de excedencia del art. 46.3 LET, puesto que, no se olvide, las tareas administrativas en el taller de chapa ya las realizaba la trabajadora antes de la excedencia.

No existe, en suma, acreditación ad casum de un perjuicio de carácter discriminatorio asociado al ejercicio del derecho de excedencia para el cuidado de hijos, ni tampoco, en particular, vinculado al denunciado incumplimiento del régimen legal de la reserva de puesto de trabajo (art. 46.3 LET).

(...) Como se adelantaba anteriormente, tampoco se aprecia una motivación discriminatoria en el examen de la conducta empresarial (supuesto de discriminación igualmente enunciado en el fundamento jurídico séptimo de la presente resolución).

Para analizar la existencia de una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo desde esa perspectiva se hace preciso partir de la doctrina sentada por este Tribunal ya en la STC 38/1981, de 23 de noviembre, acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en estos casos. Según nuestra reiterada doctrina, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio contra un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta con que el actor tilde a la decisión impugnada de discriminatoria, sino que ha de acreditarse la existencia de indicios generadores de una razonable sospecha, apariencia o presunción que puedan servir de sustento de la indicada alegación, y sólo una vez presente esta prueba indiciaria el demandado asumirá la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o que (aun cuando no justifique su licitud) se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación), sino la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y la de que ésta resulta absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 3/2006, de 16 de enero, FJ 2, o 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4). (...). Se desestima el amparo.

2253/03

021

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda: Sentencia 17/12/2007 (STC. 250/2007)
 Ponente: Excmo Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

Síntesis

Acoso sexual en un buque de pasajeros. Vulneración parcial del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal y resolución fundada en Derecho): inadmisión de recurso de casación social; sentencia social que desestima una demanda de protección de derechos fundamentales dirigida contra otro trabajador y niega la responsabilidad de las empresas en el acoso sexual de un superior inmediato (STC 74/2007).

Doctrina:

" (...)Abordando en este momento el examen de fondo, debemos determinar en primer lugar, si en el presente caso se ha producido, como sostiene la recurrente, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por el Auto del Tribunal Supremo impugnado. La cuestión a resolver es, por tanto, si la decisión de impedir el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina ha vulnerado las exigencias derivadas del derecho fundamental invocado. Para ello es preciso tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, la decisión sobre la admisión o no de un recurso, y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto, constituyen cuestiones de legalidad que corresponde resolver exclusivamente a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda intervenir, salvo que, como hemos señalado en muchas ocasiones, la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente, únicos supuestos en los que el Tribunal Constitucional podría sustituir al órgano judicial en su función de interpretar la legalidad ordinaria. De este modo el principio hermenéutico pro actione únicamente despliega su plena potencialidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera respuesta de los órganos judiciales a la pretensión deducida por quien acude a ellos en demanda de justicia, pero no cuando lo que se solicita es la revisión de dicha respuesta, supuesto en el cual no es constitucionalmente exigible la interpretación legal más favorable para la admisión del recurso (por todas, sintetizando precedente doctrina, SSTC 195/2007, de 11 de septiembre; 329/2006, de 20 de noviembre, FJ 6; y 256/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce al rechazo de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso, toda vez que la decisión de inadmisión, con independencia de su acierto o no desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, contiene una motivación que, desde la perspectiva que nos corresponde examinar, no ha de considerarse incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, al basarse en la existencia de un elemento diferencial entre los supuestos contrastados (pertenencia o no del demandante y del demandado a la misma empresa) que es, en principio, susceptible de impedir la apreciación de las identidades requeridas en el art. 217 LPL para acordar la admisión a trámite del recurso. Ello no impedirá, sin embargo, que, en caso de estimar el amparo hayamos de proceder también a su anulación en cuanto que declara la firmeza de la Sentencia de suplicación.

(...) Centrando ahora nuestro análisis en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, la demandante de amparo le imputa la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por haber declarado la incompetencia de jurisdicción del orden social para conocer de la acción dirigida frente al trabajador que realizó el acoso. Dado que en este caso se impetra el derecho a la tutela

judicial efectiva para la defensa de derechos sustantivos fundamentales (a saber, el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el trabajo, y a la protección de la integridad e intimidad personal, reconocidos, respectivamente, en los arts. 14, 15 y 18.1 CE), el canon de constitucionalidad a aplicar es reforzado (por todas, SSTC 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 202/2007, de 24 de septiembre, FJ 3). Ciertamente nuestro enjuiciamiento no se puede limitar a examinar si la aplicación e interpretación de las normas de competencia que ha llevado a cabo el órgano judicial es o no manifiestamente irrazonable y arbitraria, pues, tratándose de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, el control del pronunciamiento judicial, que ha denegado una resolución sobre el fondo de la acción ejercitada contra el sujeto activo del acoso sexual, requiere un mayor rigor. Conforme hemos reiterado en precedentes ocasiones, las decisiones judiciales como la que aquí se recurren están especialmente calificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial (por todas, SSTC 112/2004, de 12 de julio, FJ 4; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3).

Pues bien, en el caso de autos la Sala apreció la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción dirigida contra el Sr. M (sujeto activo del acoso sexual), por ser una cuestión litigiosa que se suscitaba entre dos trabajadores. De este modo, calificando la actuación del demandado como "personal y ajena a la relación laboral", negó a la recurrente un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, revocando la Sentencia del Juzgado que había declarado la realidad del comportamiento discriminatorio y había ordenado tanto su cese como la indemnización de los daños causados.

Aplicando al caso el canon de control anteriormente expuesto, no puede estimarse que la decisión judicial de la Sala resulte razonable, pues supone una interpretación indebidamente restrictiva de los arts. 2 y 181 LPL, que priva a la recurrente de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales si éstos resultan lesionados en el ámbito laboral. Ciertamente, a la vista del relato fáctico, no es razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era "una actuación personal y ajena a la relación laboral". Tal aseveración no encuentra sustento en el relato fáctico, ya que resultó acreditado que el demandado era supervisor del restaurante del buque en el que la recurrente trabajaba como camarera e inmediato superior jerárquico suyo, y que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones

inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos. Estando acreditado, además, que el demandado había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales. En definitiva, no cabe duda de que la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social y que, al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la ley para recabar la tutela de los

derechos fundamentales que se le habían quebrantado en el ámbito de su relación laboral.

Por otro lado tampoco cabe calificar de razonable la interpretación judicial de la legalidad, al circunscribir el proceso especial previsto en los arts. 175 y ss LPL a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona(...).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Segunda: Conclusiones presentadas el 27/11/2007
Abogado General: Excmo. Sr. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer

Síntesis

«Directiva 92/85/CEE – Protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas – Noción de trabajadora encinta – Directiva 76/207/CEE – Discriminación por razón de sexo»

(...) El Oberster Gerichtshof (tribunal supremo) austriaco pregunta a este Tribunal de Justicia el alcance del término «trabajadora embarazada» del artículo 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE, (6) en particular, para precisar si, cuando la empresa despidió a la interesada, podía ser considerada como gestante, protegida por esa norma comunitaria.

6. El reenvío plantea, pues, la determinación del momento en el que surge el embarazo a efectos de la referida Directiva. Un asunto extremadamente delicado, ya que de forma indirecta podría desembocar en un debate médico-ético sobre el origen de la vida, innecesario e improcedente en este foro.

(...) Un trámite previo: la información al empleador

26. Dejando de lado, transitoriamente, el dilema –ciertamente crucial– del momento en el que se origina el embarazo, conviene abordar ahora ese requisito de la notificación a la empresa, ya que la sociedad demandada en el proceso principal sostiene en sus observaciones que, aun estimando que, cuando se produjo el despido, la Sra. M se hallaba encinta, en el sentido médico del término, no podría acogerse a la protección de la Directiva porque no había desvelado este dato a su empresario.

27. Sin embargo, el citado artículo 2 remite a la normativa de cada Estado miembro la determinación de la forma y del plazo de ese traslado de información, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional valorar tales extremos. (...).

a) La noción de embarazo según la FIGO

34. El argumento de autoridad en esta materia se cifra en algunas organizaciones y entidades de ámbito internacional y de competencia innegable que defienden el instante de la nidación. Así, por ejemplo, el Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), en su declaración de El Cairo de marzo de 1998, describió el embarazo como la parte del proceso de reproducción humana «que empieza con la implantación del "conceptus" en el seno de una mujer, y que culmina con el nacimiento de un bebé o con un aborto». (15)

35. De acuerdo con esta interpretación, cuando se le comunicó su despido, la Sra. Mayr no era una trabajadora gestante a efectos de la Directiva 92/85, pues, aunque en ese instante sus óvulos se

encontraban ya fertilizados en el laboratorio, todavía no se habían transferido a su organismo, no habiendo tenido lugar la nidación. (16) (...)

37. Por tanto, si la definición de la FIGO antes expuesta sólo estima iniciado el embarazo tras la implantación del «conceptus» en el seno de una mujer, la Sra. M no se hallaría encinta cuando la empresa le comunicó su cese.

(...) Corolario

48. Por todo lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia que, en respuesta a la cuestión prejudicial del Oberster Gerichtshof, declare que una empleada operada para una fertilización in vitro no es una «trabajadora embarazada» a efectos del artículo 2, letra a), primera mitad de frase, de la Directiva 92/85, si, cuando se le notifica el despido, sus óvulos habían sido fecundados en un laboratorio, pero aún no se habían transferido a su cuerpo.

(...) 65. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia únicamente ha examinado tal discriminación en despidos de trabajadoras embarazadas por una circunstancia directamente relacionada con la gravedad notificados durante la gestación, a lo largo o al final de la baja maternal. Pero ahora el Oberster Gerichtshof brinda a este Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre la conformidad con el derecho comunitario de una rescisión laboral motivada por la eventual y futura maternidad de la trabajadora, aunque acordada incluso con anterioridad al discutido inicio del embarazo.

66. Constatada esta novedad, una interpretación teleológica de la Directiva 76/207, en coherencia con la jurisprudencia analizada, conduce a reconocer que la situación descrita es también susceptible de protección por las normas comunitarias.

67. La Directiva antepone, pues, al principio de igualdad la salvaguarda de los derechos de la mujer para evitar su discriminación. En particular, el artículo 2 alude a la custodia del sexo femenino en lo que se refiere al embarazo y la maternidad (apartado 3), prohibiendo expresamente las discriminaciones que afectan al estado matrimonial o familiar (apartado 1). A diferencia de la Directiva 92/85, ningún precepto de la Directiva 76/207 restringe sus previsiones a un periodo de la vida de una mujer, por lo que nada impide su aplicación antes o después del embarazo o el postparto.

C-506/06

022

68. Además, la evolución jurisprudencial sumariamente relatada pone de manifiesto la voluntad de este Tribunal de Justicia de incrementar la protección a la mujer condicionada por la maternidad. Invito, pues, al Tribunal de Justicia a profundizar en esta línea de amparo a la procreación (dentro de los límites del principio de igualdad), recomendando al tribunal austriaco que, si, al estudiar los antecedentes correspondientes, aprecia que el empleador actuó guiado por la peculiar tesitura que atravesaba la Sra. M, el despido sería discriminatorio y conculcaría la Directiva 76/207. (42)

69. La prudencia y el ineludible respeto de la seguridad jurídica me obligan, no obstante, a recordar la importancia en este asunto de una ponderación pausada de los elementos fácticos para delimitar el ámbito temporal de la protección.

70. El factor determinante, en mi opinión, para confirmar la discriminación radica en que el despido se haya adoptado en atención a la maternidad, presente o meramente potencial. No se trata de «blindar» indefinidamente contra el despido a toda mujer en edad fértil o con voluntad de procrear, ni siquiera a la que haya comenzado un largo y penoso procedimiento de reproducción asistida, sino de evitar acciones del empleador contrarias al principio de igualdad entre hombres y mujeres o al elemental objetivo de protección de la procreación, trascendente en toda sociedad moderna.

VI. Conclusión

71. Conforme a las reflexiones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial del Oberster Gerichtshof, declarando que:

«1) Una empleada operada para una fertilización in vitro no es una «trabajadora embarazada» a efectos del artículo 2, letra a), primera mitad de frase, de la Directiva 92/85/CEE, si, cuando se le notifica el despido, sus óvulos habían sido fecundados en un laboratorio, pero no habían sido transferidos a su cuerpo.

2) No obstante, el despido de esta trabajadora constituiría una discriminación contraria a la Directiva 76/207/CEE, si se verifica que fue motivado por su peculiar circunstancia o por su futura maternidad.» (...).



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Cuarta. Sentencia: 17/01/2008

Ponente: Sr. T. von Danwitz

C-246/06

023

Síntesis

«Política social – Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario – Directiva 80/987/CEE, modificada por la Directiva 2002/74/CE – Efecto directo – Indemnización por despido improcedente acordada en una conciliación judicial – Pago asegurado por la institución de garantía – Pago subordinado a la adopción de una resolución judicial»

Doctrina:

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219), en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 270, p. 10) (en lo sucesivo, «Directiva 80/987»).»

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

“1) En caso de que, a 8 de octubre de 2005, no se haya adaptado el Derecho interno a la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia

del empresario, el eventual efecto directo del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, no puede en ningún caso invocarse en relación con un estado de insolvencia producido antes de dicha fecha.

2) Cuando la normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, el juez nacional está obligado, en relación con un estado de insolvencia producido entre la fecha de entrada en vigor de esta última Directiva y la fecha de expiración del plazo para la adaptación a ésta del Derecho interno, a garantizar una aplicación de esta normativa nacional conforme al principio de no discriminación, tal como lo reconoce el ordenamiento jurídico comunitario.”

C-55/07

024

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Segunda: Conclusiones presentadas el 24/01/2008
 Abogado General: Excmo. Sr. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer.

Síntesis

«Igualdad de trato – Principios generales del derecho – Trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo – Discriminación – Limitación de las posibilidades del trabajo a tiempo parcial».

"Landesgericht Bozen, al amparo del artículo 234 CE, plantea una cuestión prejudicial manifestando sus dudas sobre la conformidad del ordenamiento administrativo italiano con el derecho social comunitario. Concretamente, pregunta por la licitud de una normativa nacional que exige a los empleadores la remisión, en el plazo de 30 días desde su celebración, de una copia de todos los contratos de trabajo a tiempo parcial que firmen. Esta obligación, acompañada de un severo régimen sancionador administrativo para los supuestos de incumplimiento, debería acomodarse a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluidos por la UNICE, el CEEP y la CES. "

(...) 50. El Tribunal de Justicia ha reiterado que las medidas administrativas o sancionadoras, adoptadas por los Estados miembros para implementar el derecho comunitario, no han de sobrepasar lo estrictamente imprescindible para obtener los objetivos perseguidos. En este sentido, la sanción no ha de ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción que suponga una obstrucción a las libertades reconocidas por el Tratado. (37) También ha confirmado que, cuando una medida administrativa nacional es declarada incompatible con el derecho comunitario, la sanción prevista para garantizar su respeto deviene igualmente opuesta al derecho de la Unión. (38)

(...) 59. Entiendo que unas sanciones introducidas ad infinitum en función del tiempo y del número de trabajadores afectados, sin admitir criterios correctores que modulen la punición según la culpabilidad del infractor, conculcan el principio comunitario de proporcionalidad. A la carga administrativa que supone el envío de una copia de cada uno de los contratos temporales celebrados, se añade un suplemento punitivo que, una vez interiorizado por los empresarios, coopera a desincentivar esta modalidad contractual laboral. La posibilidad de ser sancionado ilimitadamente por el mero transcurso del tiempo contribuye a que el empleador opte por otras modalidades contractuales. El incentivo hacia otros contratos es aún más poderoso cuando la relación laboral a tiempo completo no cuenta con un régimen sancionador semejante.

(...) 66. La jurisprudencia Jenkins ha sido reiterada en sucesivas ocasiones, (50) aunque la mayoría en el ámbito del artículo 141 CE, cuyo mandato de igualdad en materia salarial cuenta con peculiaridades propias. En suma, las discriminaciones indirectas por razón de sexo están, en el momento actual, tan proscritas como las directas. Un ejemplo muy expresivo es el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, (51) que estructura como norma la jurisprudencia recaída en la sentencia Jenkins:

«A efectos del principio de igualdad de trato [...], hay discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica de aparente neutralidad afecten a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que la disposición, el criterio o la práctica no resulten adecuados y necesarios o puedan justificarse por motivos objetivos no relacionados con el sexo». (52)

(...) 69. A tenor de las explicaciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia dar respuesta a la cuestión prejudicial del Landesgericht Bozen, declarando que:

«Las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluidos por la UNICE, el CEEP y la CES, anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la remisión a la Administración de una copia de todos los contratos a tiempo parcial celebrados, en el plazo de 30 días contados a partir de su firma.

El artículo 3 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la remisión a la Administración de una copia de todos los contratos a tiempo parcial celebrados, en el plazo de 30 días contados a partir de su firma, siempre y cuando se demuestre que la medida afecta a una proporción significativamente mayor de mujeres que de hombres. Compete al órgano jurisdiccional nacional determinar si concurren elementos de hecho que demuestren una discriminación por razón de sexo.» (...)"



RELACIÓN DE SENTENCIAS SELECCIONADAS**TRIBUNAL SUPREMO –SALA CUARTA- :**

03/10/2007	(RCUD. 5068/2005) –Ref. 01-
15/10/2007	(RCUD. 4297/2006) –Ref. 02-
31/10/2007	(RCUD. 4181/2006) –Ref. 03-
07/11/2007	(RCUD. 3780/2006) –Ref. 04-
12/11/2007	(RCUD. 0332/2007) –Ref. 05-
13/11/2007	(R. Casación 8/2007) –Ref. 06-
16/11/2007	(RCUD. 1713/2007) –Ref. 07-
20/11/2007	(RCUD. 0491/2007) –Ref. 08-
20/11/2007	(RCUD. 1319/2007) –Ref. 09-
21/11/2007	(RCUD. 3428/2007) –Ref. 10-
22/11/2007	(RCUD. 4353/2006) –Ref. 11-
22/11/2007	(RCUD. 3907/2006) –Ref. 12-
05/12/2007	(RCUD. 3180/2006) –Ref. 13-
18/12/2007	(RCUD. 0044/2007) –Ref. 14-
14/01/2008	(RCUD. 0143/2006) –Ref. 15-

TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA- :

01/09/2007	(Rec. Casación 1334/2004) –Ref. 16-
28/11/2007	(Rec. Casación 2460/2002) –Ref. 17-
17/12/2007	(Rec. Casación 0183/2004) –Ref. 18-
21/12/2007	(Rec. Ord. C/A 0123/2006) –Ref. 19-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

05/11/2007	(STC. 233/2007) –Ref. 20-
17/12/2007	(STC. 250/2007) –Ref. 21-

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

27/11/2007	Conclusiones C-506/06 –Ref. 22-
17/01/2008	Sentencia C-246/06 –Ref. 23-
24/01/2008	Conclusiones C-55/07 y C-56/07 –Ref. 24-



*Algú
havia de ser el
número 1*



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

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

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

La iniciativa mou el món.

I en salut laboral som pioners.

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

AMB LA SALUT LABORAL,
AMB LES PERSONES.

