

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

# OBSERVATORIO

## JURÍDICO SOCIOLABORAL

---

2009  
DICIEMBRE  
03

### Calificación del despido y estabilidad en el empleo

El despido sin causa y el despido  
reconocido improcedente por el  
empresario

**Novedades doctrina judicial**



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

Observatorio Jurídico Sociolaboral. ISSN 1989-4465

## PRESENTACIÓN

En los últimos meses, y coincidiendo con los momentos más dramáticos del curso de la crisis económica, desde diversas zonas de los poderes financiero y académico y coordinadamente con la patronal, se ha puesto en marcha por los sectores ideológicos asentados en el neoliberalismo causante de la situación, un proceso de acoso y derribo de unos de los derechos más preciados de los trabajadores: la indemnización por despido. Con pronunciamientos coordinados que cuentan con gran apoyo mediático y utilizando organismos institucionales (Banco de España) colectivos académicos (los 100) o individuales (el vocero que por turno corresponda) se intenta machaconamente ligar la alta tasa de paro existente en nuestro país –consecuencia directa de la aplicación de sus propias recetas neoliberales para la economía y el mercado de trabajo- con el coste del despido, achacando a los derechos de los trabajadores derivados del, según ellos, alto coste del despido, una maldad per se, por lo que de no ser eliminados, impediría no ya la vuelta al nivel de empleo anterior a la crisis, sino que, sostienen, se seguirá destruyendo empleo por el egoísmo e insolidaridad de los propios trabajadores y de sus organizaciones sindicales. No es éste el foro para refutar tal falacia, pero sí lo es para exponer de forma detallada el estado general de la figura del despido y las consecuencias y efectos sobre el empleo derivadas de su calificación jurídica. La calificación del despido es la técnica que se utiliza para decidir los efectos de la decisión tomada unilateralmente por el empresario, los derechos que le corresponden al trabajador y la intensidad de la tutela judicial que va a dispensarse. El régimen legal de la calificación del despido es el terreno donde se decide el poder empresarial para disponer unilateralmente de la vigencia del contrato de trabajo, el coste que ha de asumir la empresa por esta decisión y los correlativos derechos del trabajador a la estabilidad en el empleo y a la reposición efectiva su puesto de trabajo. Se trata de una materia que, lejos de ser un supuesto de carácter meramente técnico como nos quieren hacer creer esas voces interesadas, es esencial y determinante en la configuración de las relaciones laborales y en toda la dinámica del contrato de trabajo, así como en el régimen de mayor o menos flexibilidad al que se somete la extinción contractual. Para contribuir a la clarificación del estado jurisprudencial y doctrinal del despido presentamos el estudio *“Calificación del despido y estabilidad en el empleo: El despido sin causa y el despido reconocido improcedente por el empresario.”*, que esperamos sea de utilidad para desarmar las posiciones ofensivas de los sectores neoliberales, que con el señuelo de aportar soluciones a la crisis por ellos provocada, pretenden hacer pagar a los trabajadores el coste de sus nefastas políticas neoliberales.

El presente Observatorio Jurídico se completa con una selección de sentencias de la doctrina judicial en materia laboral entre las que merecen una especial mención, la primera de ellas es la del TC (124/2009) referente a una trabajadora que fue despedida cuando estaba embarazada y a pesar de que la empresa ignoraba tal estado, el TC otorga el amparo (con un voto particular) a la trabajadora en su demanda y declara que el despido ha de calificarse como nulo y no improcedente como así lo había entendido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la segunda sentencia que resaltamos es la del Tribunal Supremo (Sala General, Rcu. 1542/008), sobre el derecho a disfrutar vacaciones cuando se produce una incapacidad temporal antes de la fecha prevista individual o colectivamente para su comienzo. El TS modifica su propia doctrina como conse-

cuencia de la STJCE de 20-1-2009, en el sentido de que las vacaciones no se consumen por esa causa y por tanto el trabajador tiene derecho al señalamiento de un nuevo período para su disfrute. El simple enunciado de su contenido evidencia que estamos ante dos importantes sentencias que fijan derechos de los trabajadores en relación a la no discriminación por razón de sexo y vacaciones respectivamente y por ello las mismas han de tenerse muy en cuenta para su difusión entre los trabajadores.

**OBSERVATORIO JURIDICO SOCIOLABORAL**

Director: José Luis Alvarez Rodríguez

Elabora: Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

# Calificación del despido y estabilidad en el empleo

## El despido sin causa y el despido reconocido improcedente por el empresario

FRANCISCO-JOSÉ GUALDA ALCALÁ  
*Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.*

### SUMARIO:

- I. La calificación del despido como técnica reguladora de los efectos de la decisión empresarial.
- II. El marco normativo de la figura del despido improcedente: despido objetivo y despido disciplinario.
- III. El despido con causa falsa: el alcance de la causa invocada por la empresa y el problema del despido fraudulento.
  - a) La supuesta capacidad empresarial para determinar el régimen aplicable al despido.
  - b) La revisión de esta doctrina: La causa efectiva como determinante del régimen aplicable al cese y el ámbito del despido fraudulento.
- IV. El despido sin causa, o con causa no regulada: la creación doctrinal del despido libre indemnizado.
- V. La revisión de la doctrina del despido sin causa o con causa no prevista legalmente.
- VI. El despido reconocido improcedente y problemas de calificación.

### RESUMEN:

La calificación del despido es una técnica que sirve para determinar el régimen jurídico aplicable a los efectos que han de generarse a la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral, y determina el conjunto de obligaciones y derechos de los que dispone el empresario y, los correlativos derechos y obligaciones que van a corresponder al trabajador. No obstante la importancia capital que hemos señalado, el tratamiento legislativo es parcial, asistemático y deja importante materias sin resolver de forma concluyente. La afirmación de que en España rige el despido libre indemnizado es la

culminación de todo un proceso sistemático, de elaboración de postulados interpretativos sobre el marco regulador del despido, que se ha encaminado a reforzar los poderes empresariales ante la extinción del contrato, y para limitar el propio control judicial de las decisiones extintivas.

El objeto de este trabajo es analizar y cuestionar las bases en las que se asienta dicha construcción del despido libre indemnizado, su grado de correspondencia con la vigente legislación, y disponer de elementos interpretativos para hacer efectivo un control judicial de la decisión empresarial de despedir al trabajador, con pleno respeto a las garantías que nuestra legislación ha establecido.

## I. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO COMO TÉCNICA REGULADORA DE LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL.

La calificación del despido es una técnica que sirve para determinar el régimen jurídico aplicable a los efectos que han de generarse a la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral, y determina el conjunto de obligaciones y derechos de los que dispone el empresario y, los correlativos derechos y obligaciones que van a corresponder al trabajador. Se utiliza para determinar la eficacia de la decisión empresarial, si es o no capaz de poner fin a la relación laboral, y las obligaciones económicas que la empresa ha de asumir como consecuencia de la extinción del contrato y la privación de la ocupación al trabajador, ya sea temporal o definitiva. Resolver por tanto qué calificación ha de tener un despido es resolver el cuadro de derechos que corresponden al trabajador ante la extinción de su contrato, así como de las atribuciones del órgano judicial que efectúa el control del cese.

En nuestro Ordenamiento no hay una regulación unitaria de la figura del despido o, en general, de la decisión empresarial de extinguir el contrato. Existe un catálogo de causas de extinción del contrato, algunas de las cuales conectadas con la voluntad empresarial de poner fin a la relación laboral. Sólo en relación con determinados tipos de decisiones, como es el despido por razones disciplinarias, y el despido por razones objetivas, se emplean las categorías relativas a la calificación del cese como procedente, improcedente o nulo.

Además, no hay que olvidar que la calificación del despido improcedente o nulo se hace con arreglo a criterios distintos según que se trate del despido disciplinario o el despido objetivo, pues no hay un tratamiento unitario de la improcedencia o la nulidad, sino que cada clase de despido se califica con arreglo a reglas propias. El ejemplo más importante se concreta en los incumplimientos formales del despido: si se trata de un despido disciplinario, las exigencias de forma generan la improcedencia, salvo importantes excepciones, mientras que en el despido objetivo, los defectos de forma dan lugar a la nulidad, salvo igualmente ciertas excepciones.

Esto nos permite resaltar que para decidir los efectos de la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral, cuando no se ajusta al régimen legal, exige resolver dos cuestiones que no siempre se toman en consideración que con mucha frecuencia, en la práctica judicial, aparecen indebidamente mezcladas en la labor de calificación del despido:

- En primer lugar, la determinación de la modalidad extintiva. Es preciso determinar si se trata o no de un despido, y si lo es, de qué tipo de despido se trata, lo que se configura a partir de la causa tomada en consideración para el cese. Es una labor decisiva pues van a decidir el régimen aplicable a los requisitos para el cese y a la calificación de los incumplimientos de la actuación empresarial y con ello, de los efectos del despido. En el ordenamiento sólo se encuentran regulados los efectos de los despidos por motivos disciplinarios y los despidos por razones objetivas, ya sea en su modalidad de despido objetivo individual o plural, y el despido colectivo. Otras decisiones empresariales de poner fin a la relación laboral también se contemplan, como la terminación de los contratos temporales, pero no se regula el régimen aplicable a la decisión empresarial cuando la contratación temporal es irregular, o no se han cumplido las exigencias para que sea aplicable el vencimiento del contrato.

- En segundo lugar, la calificación del cese. Una vez localizado el tipo de despido, es preciso llevar a cabo la calificación del cese propiamente dicha, según el grado de incumplimientos de que pudiera adolecer, y la sanción que se le asigna a cada uno de esos incumplimientos, bien sea la nulidad o la improcedencia, lo que depende, como hemos visto, del tipo de despido de que se trate según su causa, ya sea disciplinario u objetivo.

Una vez que hemos realizado esa labor de determinación de la modalidad extintiva y la calificación del cese, los efectos sí que son prácticamente comunes. La calificación de nulidad tiene asegurada por ley la reposición en el anterior puesto de trabajo, mientras que en el caso de la declaración de improcedencia, la garantía es mucho más limitada dado que, con carácter general, se ofrece la posibilidad al empresario de optar por la readmisión o el abono de una indemnización compensadora de la extinción contractual. Sólo de forma excepcional, a los representantes de los trabajadores se les ofrece la posibilidad de ejercitar esa opción en el despido improcedente, como garantía vinculada al cargo representativo.

El régimen legal de la calificación del despido es el terreno donde se decide el poder empresarial para disponer de la vigencia del contrato de trabajo, el coste que ha de asumir la empresa por esa decisión, los correlativos derechos del trabajador a la estabilidad en el empleo y a la reposición efectiva en su puesto de trabajo. Se trata de una materia que, lejos de un supuesto carácter técnico, es determinante en la configuración de las relaciones laborales y en toda la dinámica del contrato de trabajo, así como en el régimen de mayor no menor flexibilidad al que se somete la extinción contractual.

No obstante la importancia capital que hemos señalado, el tratamiento legislativo es parcial, asistemático y deja importante materias sin resolver de forma concluyente, hasta el punto de que ha sido objeto de una importante labor de aclaración, o corrección y desarrollo por la doctrina científica y judicial, hasta el punto de que podemos decir que el análisis del marco normativo sólo ofrece una visión parcial, y en muchos casos, incompleta, del verdadero sistema de calificación del despido que se viene aplicando en nuestro país. La afirmación de que en España rige el despido libre indemnizado es la culminación de todo un proceso sistemático, de elaboración de postulados interpretativos sobre el marco regulador del despido, que se ha encaminado a reforzar los poderes empresariales ante la extinción del contrato, y para limitar el propio control judicial de las decisiones extintivas.

La calificación del despido afecta a toda la dinámica de la extinción del contrato, pero existen dos ámbitos en los que resulta muy intensa la labor de recreación del sistema del despido al que venimos asistiendo: en primer lugar, con el despido sin causa, que no responde más que a la libre decisión del empresario, o el despido con causa falta, en el que los reales motivos del cese no se corresponden con los invocados por la empresa. La solución judicial más frecuente es considerar que tales despidos sólo generan, como regla general, consecuencias económicas, y las facultades judiciales no alcanzan a la reposición efectiva del trabajador en su puesto de trabajo, lo que se funda en dos presupuestos completamente discutibles: que toda decisión extintiva del empresario que no se ajusta a Derecho sólo puede merecer la calificación de improcedente o nulo, y que para efectuar esa calificación, hay que aplicar las reglas del despido por razones disciplinarias, que es el que menos garantías formales, individuales, sindicales y de control judicial tiene para el trabajador.

El objeto de este trabajo es analizar y cuestionar las bases en las que se asienta dicha construcción del despido libre indemnizado, su grado de correspondencia con la vigente



legislación, y disponer de elementos interpretativos para hacer efectivo un control judicial de la decisión empresarial de despedir al trabajador, con pleno respeto a las garantías que nuestra legislación ha establecido.

## **II. EL MARCO NORMATIVO DE LA FIGURA DEL DESPIDO IMPROCEDENTE: DESPIDO OBJETIVO Y DESPIDO DISCIPLINARIO.**

Tomando en consideración las distintas causas que pueden determinar la extinción del contrato de trabajo, cabe diferenciar diversas modalidades o tipos de despido tipificadas en la legislación laboral:

- El despido disciplinario: en el que el motivo tomado en cuenta por el empresario es el incumplimiento de los deberes laborales por el trabajador de forma grave y culpable, y supone por tanto el ejercicio del poder de dirección en su vertiente sancionadora y de control de las obligaciones que le corresponden al trabajador. Aquí la regulación legal es plena, en la medida que contempla no sólo la causa extintiva, sino los efectos que tiene el incumplimiento de los requisitos para que opere, diferenciando los efectos según que el despido antijurídico se califique como improcedente o nulo.
- El despido objetivo basado en diversas razones como: la ineptitud del trabajador o en su falta de idoneidad objetivada para el desempeño de sus funciones, o basado en el absentismo laboral, y sobre todo, el despido basado en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que a su vez se escinde en dos modalidades según el número de trabajadores afectados: Despido objetivo y despido colectivo, que tienen un régimen jurídico diferente.

Hay otros supuestos de decisión extintiva acordada por la empresa que ni siquiera encajan en los supuestos típicos antes mencionados, pero que precisan de una solución en cuanto a los efectos que han de generar en las relaciones laborales. Se trataría de supuestos de despido no típicos, como son:

- La finalización de los contratos temporales: Se podría decir que la causa de finalización no es tanto un despido como el cumplimiento del plazo previsto en el contrato, pero no deja de ser una formulación teórica por cuanto, en primer lugar, siempre es necesaria una decisión empresarial de poner fin a la relación laboral, como es la denuncia, ya que en otro caso la misma seguiría produciendo efectos. No obstante, en esta materia el tratamiento legal es muy precario, pues sólo regula la extinción por vencimiento del contrato cuando concurren todos los requisitos legales para el cese, pero no el régimen aplicable cuando tales requisitos no concurren, principalmente, cuando no concurre la causa del contrato temporal y el mismo es fraudulento. En tales casos se plantea la necesidad de determinar el régimen jurídico aplicable.
- La no reincorporación del trabajador tras el ejercicio de permisos, licencias o excedencias.
- El despido tácito, cuando la empresa se desentiende de la relación laboral.



- La regulación legal del despido improcedente permite sacar la conclusión de que, técnicamente, es la calificación que cabe asignar a dos modalidades de despido:
- Al despido disciplinario, tal y como se regula en el ET, art. 56. Esta es una de las calificaciones posibles que procede asignar al despido disciplinario regulado en el art. 55.3 ET, y que se integra con la regulación del despido nulo que hacen los números 5 y 6 del mismo art. 55, y junto con el despido procedente, que se regula en el número 7 del mismo precepto. Sólo tiene por tanto una especificidad en cuanto en la técnica legislativa, la regulación de los efectos del despido improcedente ha merecido su tratamiento, no entre los distintos apartados del art. 55, sino en un artículo específico y diferenciado, pero inmediatamente subsiguiente, y sin conexión en un marco general de los efectos de un despido distinto.

La Ley de Procedimiento Laboral también recoge la calificación del despido al regular el contenido de la sentencia, y atribuye expresamente la declaración de improcedencia -art. 108-, al despido que se contrapone al procedente. De esta forma, el despido improcedente es el que no queda acreditado por el empresario el incumplimiento alegado, o no se han cumplido los requisitos de forma del art. 55 ET, que igualmente están vinculados al despido disciplinario, por lo que el tratamiento del art. 108 LPL del despido improcedente es una modalidad del despido disciplinario.

- También de aplica la calificación de improcedencia al despido objetivo, junto con la calificación de procedencia o nulidad, tanto en el ET -art. 53.5 ET- como en la LPL -art. 122.1 y 123.2-.

Fuera de estos supuestos, no puede decirse que la legislación haya establecido un régimen jurídico del despido improcedente. En concreto, en relación con las modalidades de extinción del contrato, no procede tal calificación en el caso del despido colectivo, en el que sólo se regula la declaración de nulidad si no se han cumplido la necesidad de obtención de la autorización administrativa -art. 124 LPL-, pero no se da cabida a la improcedencia.

El régimen legal del despido improcedente pone en evidencia que no es un tipo de despido, sino una calificación que merecen determinados tipos de despido, ya sea por motivos disciplinarios, ya sea por causas objetivas, cuando se ha incumplido determinadas previsiones, y no opera al margen de la causa que determina la extinción, sino que cada tipo de despido da lugar la improcedencia o nulidad con arreglo a requisitos propios y específicos.

Sin embargo, la normativa no regula todos los supuestos de decisión empresarial de despido. Hay otras extinciones que corresponden a la voluntad del empresario sin ajustarse a los requisitos legales, pero que carecen de regulación positiva en cuanto a los efectos, como sucede en el despido sin causa alguna, basada en la voluntad discrecional del empresario, o la extinción de los contratos temporales fraudulentos o antes del plazo legalmente previsto, la negativa a reincorporar al trabajador tras el disfrute de permisos, licencias o excedencias, o el despido tácito, expresado por el desentendimiento del empresario de la relación laboral pero sin manifestarse de forma expresa la voluntad extintiva. En todos estos supuestos se plantea la cuestión esencial de que régimen aplicar al acto empresarial que infringe el Ordenamiento. En estos casos, no hay una enumeración precisa de los supuestos que dan lugar a la improcedencia o a la nulidad del cese. El vacío de regulación se integra con las diversas opciones interpre-

tativas, que responden a modelos distintos de concebir las relaciones laborales, el principio de estabilidad en el empleo, la tutela judicial de los derechos laborales, y la flexibilidad ante el despido.

### **III. EL DESPIDO CON CAUSA FALSA: EL ALCANCE DE LA CAUSA INVOCADA POR LA EMPRESA Y EL PROBLEMA DEL DESPIDO FRAUDULENTO.**

En la legislación la calificación del despido improcedente o nulo se reserva al despido disciplinario y al despido objetivo. El concepto de lo que es un despido disciplinario o un despido objetivo, y el régimen aplicable a las otras causas de extinción, es el primer campo de discusión donde se plantean los efectos que ha de tener la decisión empresarial, pues según se considere que estamos ante uno u otro despido, el régimen legal de su calificación, y con ello, sus efectos, serán distintos.

A pesar de la importancia de la cuestión, no pensemos que la definición de lo que es uno y otro despido es una materia evidente, regulada con precisión por la ley, y exenta de importantes discrepancias jurídicas. Todo lo contrario, se trata de una materia muy afectada por el intenso debate generado en relación con los poderes empresariales, ya que decide el cuadro de derechos y obligaciones que se generan por la extinción del contrato. La doctrina que ha reforzado más intensamente los poderes empresariales, de amplio reflejo jurisprudencial, ha llegado a afirmar, en resumidas cuentas, que el despido es lo que la empresa invoca, y que el régimen legal aplicable es el que la empresa elige. Analicemos en concreto esta doctrina, los resultados prácticos a los que lleva y las bases para reconsiderar su fundamento normativo.

#### **a) La supuesta capacidad empresarial para determinar el régimen aplicable al despido.**

Para la opción interpretativa asentada mayoritariamente en la doctrina judicial, que es la que más refuerza el poder empresarial y, paradójicamente limitan la intervención judicial, el despido disciplinario y el despido objetivo dependen, exclusivamente, de los motivos invocados por el empresario para llevar a cabo la extinción, para lo cual es decisiva, exclusivamente, la forma empleada por la empresa para comunicar el cese y la propia modalidad extintiva que hubiera invocado el empresario. De este modo, serían despidos disciplinarios, o se regirían por la calificación del despido disciplinario aquellos en los que el empresario hubiera invocado, formalmente, razones disciplinarias, y despidos objetivos, los que el empresario hubiera invocando razones objetivas. Es la invocación empresarial expresada en la forma por la que se instrumenta el despido la que marca las reglas para regular los efectos de la extinción y los poderes del órgano judicial.

Así por ejemplo, un despido en el que la empresa simula razones disciplinarias, determinaría inexorablemente la aplicación del régimen del despido improcedente, y con ello, la calificación de improcedencia o nulidad con arreglo a este tipo de despido. Si el único propósito del despido es la amortización del puesto de trabajo sin causas le-

gales para el despido objetivo, no por ello el órgano judicial podrá aplicar el régimen previsto para el despido objetivo sin la concurrencia de la causa ni el procedimiento legalmente establecido para tal modalidad extintiva, y ello a pesar de que suponen muchas más garantías para el trabajador que el despido disciplinario, elegido por la empresa. El resultado práctico del proceso es muy claro: la aplicación del régimen del despido disciplinario determina calificar el cese como improcedente, lo que supone admitir una opción a favor del empresario mediante el pago de una indemnización para extinguir el contrario, mientras que si se hubiera calificado con arreglo a la verdadera naturaleza de despido objetivo sin causa ni procedimiento, hubiera concluido en la nulidad, con la consiguiente readmisión obligatoria del trabajador sin posibilidad de sustitución con el abono de una indemnización.

Dado que la empresa puede elegir el régimen aplicable a su decisión extintiva, si se acepta este postulado, la figura del despido fraudulento no existe, por la simple razón de que la causa invocada por el empresario, aunque sea “fraudulenta” por cuanto trata de evitar los efectos de la verdadera motivación del cese, es exclusivamente la que determina los efectos del cese. Por tanto, no es que no haya despidos fraudulentos, es que no se aplican la garantía legalmente prevista, con carácter general, para el fraude de ley, como es la aplicación de las normas que se han tratado de eludir, lo que supone la legalización del fraude empresarial en la decisión de extinción del contrato.

Esto supone maximizar la soberanía del empresario en relación con la extinción del contrato, pues tiene libertad para elegir el régimen jurídico aplicable a ese cese, aunque sea el previsto para unos motivos distintos de los tomados en consideración por la empresa. Esta configuración de la causa del despido, disponible por el empresario, junto con el juego combinado de que el despido sin causa se rige por la reglas del despido disciplinario, conducen a una flexibilidad práctica del despido mucho mayor que la que pudiera resultar de la mera contemplación de nuestro Ordenamiento. El resultado práctico es que a la hora de acordar la extinción del contrato sin la concurrencia de los requisitos legales, la empresa puede elegir el régimen aplicable a uno u otro despido que considere más beneficioso, lo que normalmente sucederá con el que tiene menor niveles de garantías para el trabajador y una menor capacidad judicial para imponer el restablecimiento de la relación laboral, como es el despido disciplinario. Pero es que, además, si la empresa no invoca ninguna causa, la doctrina judicial acude a integrar ese supuesto como un caso de despido disciplinario, que es el que mayor flexibilidad genera al empresario y menores garantías individuales y colectivas tiene para el trabajador, y la intervención judicial es más limitada.

#### **b) La revisión de esta doctrina: La causa efectiva como determinante del régimen aplicable al cese y el ámbito del despido fraudulento.**

Esta construcción de la causa del despido y del régimen aplicable no se corresponde con un modelo constitucional que reconoce el valor del derecho al trabajo y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, e incompatible con cualquier noción de sujeción de la empresa al ordenamiento jurídico, además de ser contraria a cualquier línea de orientación política que tienda a salvaguardar la estabilidad en el empleo.

Por el contrario, otra opción interpretativa, minoritaria en la práctica judicial y científica, no toma en cuenta la mera invocación formal efectuada por la empresa, sino que a partir de una visión de la causa del cese vinculado a su propia naturaleza, es decir, de los motivos reales tomados en cuenta por el empresario para poner fin a la relación

laboral, es la que determina el régimen de calificación del despido y con ello, los efectos que ha de tener. Con ello se evita el fraude a la ley tan evidente y manifiesto como el de que la empresa invoque una causa ficticia o simulada, con el mero propósito de eludir todo el conjunto de garantías previstas para la causa que realmente motiva su decisión, cuando no concurren los requisitos para llevarla a cabo. Parte de la consideración de que las normas laborales responden a un propósito de tutela de los derechos de los trabajadores ante el desequilibrio de la relación económica entre empresa y trabajador. La postura contraria no es que no haga efectivo ese equilibrio, sino todo lo contrario, coloca al trabajador en una posición más precaria que a cualquier otra parte en una relación contractual, donde la figura del fraude de ley impide a una de las partes buscar la cobertura de una norma para eludir el cumplimiento de normas imperativas. Además, presupone que los órganos judiciales laborales no se han de limitar a valorar el régimen del despido que la empresa ha elegido –lógicamente en función de sus intereses- sino que tienen capacidad para analizar la verdadera naturaleza de la decisión extintiva, y ponderar si las razones invocadas son un mero subterfugio para conseguir eludir determinadas garantías, individuales y colectivas, así como de tutela judicial o administrativa.

Además, esta doctrina supone recuperar la vigencia del despido fraudulento, como técnica legal, no para calificar el despido nulo, sino para determinar la naturaleza de la modalidad extintiva llevada a cabo por la empresa, más allá de la invocación formal realizada por ésta, si es que ha invocado alguna razón para el cese. El fundamento de la supresión del despido fraudulento se ha encontrado en que la Ley Procesal Laboral, al regular el despido nulo, no contempló como tal al despido fraudulento, lo que suponía que tendría que regirse con las reglas del despido improcedente. Con ello se desconoce que el fraude de ley no es una materia conectada con la calificación del despido, sino un presupuesto de la calificación, como es la determinación de la modalidad extintiva y el régimen aplicable a la misma. La doctrina del fraude de ley en determina que se apliquen las reglas del despido disciplinario o del despido objetivo o colectivo o del despido sin causa, no que se decida entre la calificación de improcedencia o nulidad en el ámbito del despido disciplinario. De esta forma, el que la Ley Procesal no califique de nulo al despido fraudulento no es un propósito normativo de asimilarlo al despido improcedente, es simplemente reconocer que el fraude opera no en la calificación del despido, sino en la determinación del régimen aplicable, que es previo a esa calificación. De esta forma, un despido disciplinario que simula un despido objetivo, habrá de calificarse como despido objetivo por ser la verdadera razón tomada en cuenta por la empresa, y por tanto, la calificación se hará con arreglo a dicha regulación.

#### **IV. EL DESPIDO SIN CAUSA, O CON CAUSA NO REGULADA: LA CREACIÓN DOCTRINAL DEL DESPIDO LIBRE INDEMNIZADO.**

Ni siquiera dando prevalencia a la determinación por la empresa del régimen aplicable al despido quedan resueltos todos los problemas, pues en ocasiones, la empresa no invoca ninguna causa específica para la extinción, o puede suceder que invoque una causa que no concurre de manera efectiva, sin que el Ordenamiento resuelva de forma expresa que régimen aplicar a esa supuesta causa extintiva. Tal vacío de regulación ha sido cubierto por la doctrina que lo ha ocupado de nuevo otorgando carta de natura-

leza al poder empresarial mediante la recreación de una doble ficción: de que toda extinción no ajustada a Derecho necesariamente ha de calificarse como despido improcedente o nulo, y que a falta de previsión legal, se aplicará el régimen del despido que menores garantías tiene para el trabajador y más limitada tutela judicial ofrece, como es el despido disciplinario. Veámoslo sucintamente.

- Ciertas posiciones de la doctrina científica, ampliamente seguida por la doctrina judicial, ha venido a sentar el criterio de que toda decisión empresarial de poner fin a la relación laboral ha de merecer, necesariamente, alguna de estas calificaciones: despido procedente, improcedente o nulo, sin que sea posible reconocer efectos a una decisión empresarial de poner fin al contrato al margen de estas categorías. De esta forma, la calificación es la única vía para resolver los efectos que ha de tener la decisión empresarial que no se ajusta a la ley. Esto supone desplazar el cuadro normativo general previsto para los actos jurídicos que infringen el Ordenamiento y aplicar unas muy específicas categorías laborales, diseñadas para supuestos muy concretos.

Pudiera pensarse que esta conclusión es una técnica de integración normativa, a fin de cubrir los vacíos de regulación, y poder concretar en el proceso judicial los efectos de la decisión empresarial, pero en la práctica, como luego veremos, con el mero argumento de la insuficiencia de las categorías procesales, se afecta a los derechos sustantivos derivados del incumplimiento de las garantías legales a la estabilidad en el empleo, al permitir una lectura expansiva de medidas excepcionales, como es el reconocimiento de eficacia de la decisión empresarial contraria a la Ley y la limitación del control judicial en la revisión del cese.

- Además, la más importante corrección legal que ha tenido el sistema del despido ha sido la doctrina, asentada en bases jurisprudenciales, de que si la decisión empresarial que afecta a la vigencia del contrato no se ajusta a los requisitos legalmente establecidos, y no tiene un marco normativo específico para regular los efectos de la misma, se habría de regir por los efectos que están previstos para el despido disciplinario, que es el que menos garantías formales, sindicales, de control judicial y de reposición efectiva en su puesto de trabajo tiene para el trabajador. Además, esta conclusión se refuerza con la idea de que existe un supuesto concepto general de base extralegal, previsto para cualquier extinción no ajustada plenamente a Derecho, como es el despido improcedente como despido antijurídico típico, de modo que la nulidad es un supuesto excepcional que se aplica de forma restrictiva, por lo que es precisa la concurrencia de determinadas causas de nulidad.

Precisamente al ser el despido disciplinario la modalidad que tiene un tratamiento normativo más completo, y ser anterior en su puesta en marcha a otras modalidades de despido, como el objetivo, se ha considerado que el despido disciplinario sería el régimen aplicable a cualquier otro despido aunque obedezca a motivos distintos de los vinculados al ejercicio del poder sancionador por el empresario, y que por tanto, el incumplimiento de los requisitos legales para el cese, sólo determina la improcedencia del despido, y la nulidad tiene carácter excepcional, vinculada a causas tasadas.

Esto da lugar a dos consecuencias prácticas que, insistimos, no están recogidas en ninguna norma legal, y son el resultado de una concreta opción interpretativa, moldeada por la doctrina académica y asentadas en la doctrina judicial:



- 1- La propia decisión empresarial, aunque sea antijurídica, tiene efectos extintivos plenos, sin que sea obstáculo para ello que no cumpla los requisitos legalmente establecidos para que sea válida y eficaz.
- 2- La reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo es excepcional y se limita sólo a unos concretos casos enumerados en el despido disciplinario nulo, como son los ceses discriminatorios o lesivos de los derechos fundamentales, o los casos de protección de la maternidad y la conciliación de la vida personal y familiar.

Es un sistema de extinción del contrato de trabajo por decisión empresarial que supone, en primer lugar, admitir una especie de soberanía del empresario en el mantenimiento de la vigencia del contrato, que sólo de forma excepcional se puede corregir judicialmente, debilitando en consecuencia la capacidad de intervención judicial en la revisión de la decisión extintiva. En segundo lugar, supone que la decisión antijurídica del despido, sin ajustarse a la legalidad, sólo tiene consecuencias indemnizatorias, que se traducen en el abono de una cantidad de dinero. La definición más breve y plástica de tal sistema es la que define el despido en España como un modelo de despido libre pero indemnizado.

#### **V. LA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL DESPIDO SIN CAUSA O CON CAUSA NO PREVISTA LEGALMENTE.**

La asimilación del despido sin causa al despido disciplinario, o sin más, al despido improcedente, no es aceptable. En primer lugar, este modelo del despido no está asentado en base normativa concluyente, ya que ni la regulación del poder de dirección del empresario, ni las causas de extinción del contrato, ni el tratamiento procesal del despido permiten afirmar que en los supuestos en los que la empresa decide poner fin al contrato de trabajo sin amparo legal suficiente, a cambio de una cantidad mayor o menor de dinero, la empresa puede conseguir expulsar al trabajador del ámbito de su organización sin que el órgano judicial pueda acordar la readmisión en su anterior puesto de trabajo sin el consentimiento del propio empresario. Tales efectos prácticos no son fruto de un concreto modelo legal del despido en España, sino todo lo contrario, de los intentos de desarticular el modelo legal a partir de una reformulación de los poderes empresariales en relación con la vigencia de la relación laboral, mediante la expansión de unas concretas categorías más allá de los ámbitos en las que se contemplaron por el legislador, y que han llevado a la afirmación, que se viene insistiendo desde instancias empresariales, académicas y políticas, de que el despido en nuestro país es libre, solo que indemnizado.

No existe ningún régimen legal supletorio de los incumplimientos de los requisitos determinantes del cese, y mucho menos que el despido disciplinario sea el marco general supletorio aplicable a cualquier extinción del contrato acordada por el empresario que no tenga un tratamiento tipificado en la ley.

Esta solución es discutible pues implica reconocer que la decisión ilegal de la empresa no es, simplemente, inválida e ineficaz, como corresponde a cualquier acto jurídico que

infringe el marco legal, sino que es preciso aplicar otras categorías previstas para determinadas causas de extinción y para determinados incumplimientos procedimentales. Además, genera notables problemas prácticos pues la regulación de la improcedencia o la nulidad está efectuada en la legislación a partir de las razones y el procedimiento para la adopción del despido disciplinario y el despido por razones objetivas, y sólo por creación judicial se pueden aplicar a supuestos totalmente diferentes.

Presupone una concreta visión de la tutela judicial de los derechos del trabajador en relación la extinción de los contratos de trabajo, rebajando esa capacidad de los órganos judiciales hasta el punto de que sólo de forma excepcional tienen atribuciones para privar de efectos extintivos a la decisión empresarial. La aplicación de esta doctrina a la nueva dinámica del despido basado en el reconocimiento de su improcedencia por la empresa ha supuesto una limitación igualmente extraordinaria al control judicial de tales ceses, que permiten configurarse en un mecanismo para eludir todas las garantías individuales, colectivas y de control judicial –y en su caso, administrativo– de la extinción de los contratos, para convertirse en una suerte de despido libre indemnizado.

Tomando los elementos sobre los que se configura la extinción del contrato de trabajo en nuestro Ordenamiento, es posible recomponer el tratamiento que tiene el despido sin causa en nuestro Ordenamiento. Como necesario punto de partida, el despido sin causa es un acto ilegal, pues no puede asimilarse a un despido procedente dado que incumple el primer requisito para que pueda ser calificado procedente, como es la concurrencia de causa legal para el cese. Sus efectos vendrán determinados por su consideración como acto jurídico ineficaz, o acudiendo a la asimilación con el despido improcedente o al despido nulo. Básicamente la cuestión se centra en determinar si son operativas las garantías al pleno restablecimiento de la relación laboral, o si el empresario puede eludir dicha garantía acudiendo al mecanismo de la opción por la indemnización, consumándose la decisión extintiva irreversible para el trabajador.

Ya hemos visto que la doctrina judicial mayoritaria concibe el despido sin causa como un despido improcedente y por tanto, sin restablecimiento pleno de la relación laboral. Frente a ello, la primera tarea que es preciso abordar para resolver los efectos del despido sin causa es determinar que modalidad extintiva y el régimen aplicable a la misma. Una vez resuelta esa cuestión cabrá determinar los efectos que se derivan, bien acudiendo a las fórmulas generales de los actos jurídicos que infringen el Ordenamiento, o por asimilación a alguna modalidad regulada de despido y la aplicación de la correspondiente calificación del despido improcedente o nulo.

Con arreglo a la perspectiva sustantiva, lo que se trata es de resolver la calificación del despido sin causa a partir de las obligaciones que tal actuación ilícita generan en la dinámica del contrato de trabajo, y en concreto, hasta qué punto puede tener eficacia extintiva la decisión empresarial de extinguir el contrato sin causa, y los límites que pueda haber a la imposición de una obligación de readmisión. De esta forma, la calificación del despido sin causa como improcedente o nulo es el resultado de las obligaciones que genera entre las partes, en lugar de que las obligaciones entre las partes se decidan por una operación de dogmática jurídica vinculada a la calificación del despido.

Esto exige reconsiderar la posición del trabajador y del empresario en relación con la capacidad extintiva del despido sin causa en nuestro Ordenamiento, al menos desde las siguientes perspectivas:

- En primer lugar, el despido sin causa no es un despido, sino un desistimiento unilateral del contrato efectuado por el empresario. Entre la legislación laboral no se encuentra el libre desistimiento del empleador como causa hábil para extinguir



el contrato, sino sólo en determinado tipo de relaciones laborales especiales donde la especial vinculación y confianza entre las partes justifica atribuir al empresario tal facultad dispositiva plena sobre la relación laboral. El concepto de despido está indisolublemente unido a la concurrencia de una causa determinante del cese, la cual, a su vez, podrá o no probarse, o podrá o no tener la entidad suficiente para alcanzar la tipificación legal, pero no podrá ser simplemente inexistente. Con arreglo a este criterio, partiendo de una lectura sin prejuicios de lo que es un despido, como concepto de amplia aceptación por la propia doctrina judicial, configurado como acto causal, si la causa no concurre en absoluto y el cese obedece a la discrecionalidad de la empresa, en tal caso el despido es inexistente, y el libre desistimiento no genera la extinción del vínculo laboral.

- Desde otro punto de vista, no es posible reconocer al empresario una capacidad de disposición eficazmente de la continuación de la prestación de servicios mediante el pago de una indemnización. Tampoco es aceptable el argumento de que el despido reconocido como improcedente sea un despido sin causa, como lo demuestra el hecho de que si el legislador hubiera configurado el libre desistimiento como causa de extinción del contrato, o si se quiere como un nuevo tipo de despido, en lugar de identificar la actuación empresarial con un resultado del litigio basado en la falta de prueba suficiente en la falta de gravedad suficiente de los hechos, lo que es distinto de la mera voluntad extintiva del empresario. Lo que habrá que analizar es si el despido reconocido improcedente, cuando no concurre causa alguna, merece o no la calificación de improcedencia, sino más bien la de despido inexistente y por tanto, con readmisión obligatoria.
- Tampoco es aceptable configurar la obligación de readmisión como una obligación que resulte imposible exigir en natura, sino mediante su cumplimiento sustitutorio por vía indemnizatoria. En la propia legislación procesal y sustantiva, determinado supuestos contempla la imposición por el órgano judicial al empresario de la obligación de hacer con ocasión, precisamente, de la figura de los despidos nulos, o improcedentes cuando la opción la ejercita el trabajador, lo que pone en evidencia que no hay ningún elemento estructural que impida someter la decisión empresarial de readmisión a la exigibilidad jurídica de un fallo.
- El despido sin causa tiene vedado, constitucionalmente, su capacidad extintiva del contrato de trabajo, por dos razones: Por implicar el desconocimiento de los principios recogidos en la constitución relativos al derecho al trabajo y a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. El derecho al trabajo recogido en el art. 35 CE incorpora el derecho a no ser despedido sin justa causa, y el derecho a la tutela judicial efectiva exige que el trabajador pueda conocer las razones de su cese y pueda articular la correspondiente defensa –art. 24.1 CE-. El despido sin causa es un cese que imposibilita el acceso a la jurisdicción, pues implica reconocer que la acción de despido no tiene objeto, y que el trabajador no está en condiciones de conocer los motivos de su cese. Esta es la principal diferencia entre el despido improcedente y el despido sin causa. En el despido improcedente, el trabajador si conoce los motivos que han llevado a la empresa a la extinción del contrato, y tales motivos se conectan con las causas tipificadas por la legislación para dar lugar, en su caso, al despido disciplinario o al despido objetivo. Sin embargo, en el despido sin causa no es posible conocer tales motivos, y ni siquiera se le ofrece al trabajador la oportunidad de desvirtuar el criterio empresarial, aunque se base en meras razones de oportunidad.
- Si el despido sin causa es incompatible con los compromisos internacionales suscritos por España, en particular, los que exigen que el trabajador conozca las causa

de su cese y tenga posibilidades de defenderse, tal como establece el art. 4 del art. 158 OIT, el cual es concluyente al exigir que no puede ponerse término a la relación de trabajo a menos de que exista causa justificada. Si el trabajador ha de conocer los motivos de su cese, aunque sean antijurídicos, no es posible la simulación de los motivos en la carta que privan al trabajador de esa elemental garantía para efectuar un control judicial, o para poder hacer reconsiderar la posición empresarial ante el cese que ha acordado, lo que es inviable si no conoce los motivos reales tomados en consideración.

Es por ello que el despido sin causa es, simplemente, un despido inexistente o ineficaz, que no es capaz de poner fin a la relación laboral. El supuesto vacío normativo para determinar los efectos del despido ineficaz no es tal, pues no es imprescindible, aunque hubiera sido conveniente, una norma que precise los efectos del despido ineficaz, como es su falta de capacidad para extinguir el contrato y la plena eficacia de la relación laboral, con derecho del trabajador al restablecimiento de la relación laboral y el derecho a la compensación de los daños y perjuicios que tal actuación ilícita hubiera generado. Si el cumplimiento de las obligaciones de hacer no ofrece cauce procesal suficiente preciso para llevar a cabo el cumplimiento de dicha obligación, la misma solución se ofrece en la ley procesal a los supuestos de despido disciplinario o despido objetivo nulo, por lo que su aplicación analógica al restablecimiento de la relación laboral ante el despido sin causa es la vía para evitar cualquier riesgo de inseguridad jurídica sobre como articular la obligación empresarial para restablecer esa relación.

Ni siquiera admitiendo que el despido sin causa se ha de calificar como improcedente o nulo, y no simplemente como despido ineficaz o inexistente, se ha de admitir que los efectos del despido sin causa son los de la improcedencia, reconociendo al empresario un derecho de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada.

Una cosa es que el órgano judicial tenga adoptar uno u otro pronunciamiento, y otra muy distinta que la forma de adoptar esa decisión se tenga que efectuar a partir del análisis exclusivo de la legislación procesal, o a partir de una aplicación analógica del despido disciplinario, y sin contemplar el régimen sustantivo del despido, los principios ordenadores de la institución, la dimensión constitucional del mismo y las obligaciones internacionales suscritas por España en esta materia.

Decir que el despido sin causa es un despido disciplinario carece por completo de fundamento, cuando se parte de que no son razones disciplinarias las tomadas en cuenta por la empresa para el cese, ni están conectadas con la exigibilidad de obligaciones laborales al trabajador. Por el contrario, más fundamento tiene considerar el cese como acto de organización empresarial, por la que ajusta sus recursos a sus supuestas necesidades organizativas y productivas, ante la constatación de que lo que si es el despido sin causa es un acto de gestión empresarial, por lo que el régimen de integración normativa debe ser el despido objetivo, que exige unos concretos trámites y garantías, y cuyo régimen de nulidad o improcedencia tiene un tratamiento distinto al despido disciplinario. Si tuviéramos que acudir a un sistema de integración normativa, el despido sin causa habría de calificarse como un despido objetivo nulo.

En efecto, el despido sin causa tienen elementos que permiten caracterizarlo como un cese que presenta la misma naturaleza que un despido vinculado a razones del funcionamiento de la empresa, apreciadas por el empresario como sujeto que asume la decisión extintiva en un marco de supuesta racionalidad, que son las que determinan su propósito de prescindir del trabajador en el conjunto de su organización. Se trata de un despido en el que el empresario pretende extinguir el vínculo laboral por razones

de mera oportunidad, de carácter discrecional conectadas con la forma de administrar la empresa y la organización de los recursos personales, y responde al propósito empresarial de abordar una reestructuración, con mayor o menor calado, en su capacidad productiva, mediante la supresión de puestos de trabajo, o la sustitución de trabajadores mediante el recurso a nuevas contrataciones. En realidad, lo que hay que presuponer a la empresa a la hora de acordar un despido sin exteriorizar las razones es que lo hace en ejercicio del poder dirección y organización que le atribuye el Ordenamiento Jurídico, de modo que las garantías legales previstas para la adopción de las decisiones extintivas que son fruto de la capacidad empresarial de reorganizar la empresa, de ajustar su capacidad productiva, son las establecidas para el cauce del despido objetivo o el despido colectivo.

Lo mismo sucede con la finalización de los contratos temporales cuando no hay razones legales para la temporalidad de la contratación, ya que la decisión empresarial de ajustar su capacidad productiva mediante el despido supone una valoración de un exceso de capacidad productiva, al considerar innecesario el puesto de trabajo que ha venido ocupando el trabajador supuestamente temporal, de modo que al acordar la extinción está omitiendo todas las garantías, individuales o colectivas, exigidas para la amortización de los puestos de trabajo.

Nada tiene que ver esto con el ejercicio del poder de dirección, ni con el reproche al trabajador de incumplimientos de sus obligaciones y deberes laborales, que es el ámbito propio del despido disciplinario.

De esta forma, el despido sin causa tiene un marco de integración normativa mucho más claro y directo que el despido disciplinario, como es el despido objetivo y el despido colectivo y no el despido disciplinario, siempre que se parta de que ese régimen legal no lo elige el empresario, sino que está determinado en el Ordenamiento Laboral.

## **VI. EL DESPIDO RECONOCIDO IMPROCEDENTE Y PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN.**

No vamos a tratar de toda la multitud de materias que genera la polémica figura del despido reconocido como improcedente por el empresario, como fórmula para reducir o excluir por completo el abono de los salarios de tramitación. Lo que ahora tratamos alude a los problemas de calificación de tales despidos y si la improcedencia es o no la única solución posible, una vez que la empresa ha invocado esos términos en la propia carta o en un momento subsiguiente. Ello permite considerar los requisitos a los que se somete tal actuación empresarial y si es posible que integre un supuesto que tenga un tratamiento diferente a la propia declaración de improcedencia. Tampoco analizamos la declaración de nulidad de tales despidos cuando responden a un móvil discriminatorio, lesión de derechos fundamentales o por circunstancias relacionadas con la maternidad o paternidad o conciliación de la vida personal y laboral. Nos centramos en que opera la causa en tales cese, y sobre todo, hasta que punto la causa sigue siendo un elemento de este despido, o si por el contrario, la legislación ha entronizado un nuevo supuesto extintivo, como es el libre desistimiento empresarial.

La cuestión es decisiva pues la construcción que se está abriendo paso en la doctrina científica y judicial es que el despido que ha sido reconocido como improcedente por

el empresario no precisa de causa alguna, la invocación de la empresa de motivos para el cese, si es que los exigen, es una mera formalidad carente de trascendencia sustantiva, y una vez puesta en marcha ese reconocimiento, si no se acredita la concurrencia de causa alguna, o la causa invocada es pura ficción, no excluye la declaración de improcedencia.

Tal planteamiento no lo compartimos. Por de pronto, el despido reconocido como improcedente se configura, técnicamente, como un despido, por lo que el concepto que manejemos del mismo ya nos aporta elementos configuradores de esta modalidad extintiva. La concurrencia de una causa en un elemento estructura del despido, sin el cual se convierte en una extinción de naturaleza diferente, como es el libre desistimiento empresarial. Ya hemos visto las diferencias entre una y otra forma de extinción del contrato, y el legislador en modo alguno a previsto la extraña figura del despido reconocido como improcedente como un supuesto de libre desistimiento empresarial con abono de indemnización.

El despido reconocido improcedente tiene una virtualidad esencial, en cuanto hace innecesario el proceso judicial para valorar si el despido merece o no tal calificación. Se trata de un mecanismo para evitar el proceso, institucionalizado para cumplir esa función procesal, lo que no debe perderse de vista a la hora de admitir su ámbito de aplicación, que es justamente, el mismo del despido declarado improcedente por el órgano judicial, con el entendimiento de que la empresa asume las consecuencias de esa calificación sin necesidad de pronunciamiento judicial condenatorio.

Esto no quiere decir que si la empresa reconoce la improcedencia, equivale a negar que la causa exista. Lo que la empresa reconoce no es la inexistencia de la causa, sino que el despido no es procedente, es decir, que no concurren todos los elementos formales y sustantivos generadores de la válida extinción de la relación laboral.

Lo que la empresa podrá admitir, en relación con la causa, es que la causa no está justificada. La falta de justificación de la causa no equivale en absoluto a la falta de causa, pues la carta la ha de recoger los motivos tomados en consideración para el cese, y su omisión constituye sin duda un supuesto de nulidad del cese. Pero esto no equivale a que la empresa pueda reconocer que las causas invocadas en la carta no existen, si esto es así, en realidad equivale a decir, en elemental lógica, que no hay causas invocadas, pues afirmar una proposición y negar esa proposición, en elemental razonamiento silogístico, equivale a negar esa proposición y por tanto, a considerarla no formulada. Además, el reconocimiento de la improcedencia puede resultar de que se han incumplido otros elementos formales del cese que no determinan la nulidad.

La falta de justificación de la causa puede resultar de los siguientes elementos:

- La empresa renuncia a la prueba de la causa, en todos los elementos que es necesaria que concurra para que el despido se declare procedente. Esto equivale a que la empresa renuncia a justificar las causas del cese. La inexistencia de prueba no equivaldría, por tanto, a la prueba de la inexistencia. Si el trabajador acredita que las causas invocadas son falsas, o es un ejercicio de simulación, no estaríamos ante un despido, sino ante un libre desistimiento, lo que no es hábil para generar la extinción del contrato, y por tanto, tiene los mismos efectos que la nulidad. No obstante, esta construcción del despido reconocido improcedente no es mayoritaria, se abre paso la idea, como hemos visto, de que la inexistencia de causa es irrelevante.
- La empresa renuncia a cuestionar la calificación de la causa invocada en relación con los elementos legales de la misma. Aquí ni siquiera la empresa niega que haya

causa y que la pueda probar, lo que renuncia es a discutir que la causa tenga suficiencia para alcanzar la calificación de causa legal para el cese. Esto no equivale a que la empresa niegue que la causa se corresponde con el tipo legal, pues si así fuera, sería una causa no regulada, aunque fuera cierta, y no podría calificarse el cese como despido objetivo o como despido disciplinario. Lo que la empresa admite es la renuncia a la discusión sobre los elementos de la calificación de la causa, pero sin negar que la misma tiene encaje en los supuestos de despido objetivo o improcedente, ya que en otro caso, estaría negando la concurrencia de causa. Esto permite distinguir los casos en los que el despido es improcedente, por responder a un motivo conectado con las razones disciplinarias o las razones objetivas, pero no suficiente, con los despidos que no la causas no se corresponde de ninguna forma con el tipo legal, en cuyo caso sería un libre desistimiento ineficaz para extinguir el contrato.

## VII. CONCLUSIONES:

1. En nuestro Ordenamiento no hay una regulación unitaria de la figura del despido o, en general, de la decisión empresarial de extinguir el contrato. Existe un catálogo de causas de extinción del contrato, algunas de las cuales conectadas con la voluntad empresarial de poner fin a la relación laboral. Sólo en relación con determinados tipos de decisiones, como es el despido por razones disciplinarias, y el despido por razones objetivas, se emplean las categorías relativas a la calificación del cese como procedente, improcedente o nulo.
2. La calificación del despido es la técnica que se utiliza para decidir los efectos de la actuación empresarial, los derechos que le corresponden al trabajador, y la intensidad de la tutela judicial que va a dispensarse. El régimen legal de la calificación del despido es el terreno donde se decide el poder empresarial para disponer de la vigencia del contrato de trabajo, el coste que ha de asumir la empresa por esa decisión, los correlativos derechos del trabajador a la estabilidad en el empleo y a la reposición efectiva en su puesto de trabajo. Se trata de una materia que, lejos de un supuesto carácter técnico, es determinante en la configuración de las relaciones laborales y en toda la dinámica del contrato de trabajo, así como en el régimen de mayor no menor flexibilidad al que se somete la extinción contractual.
3. No obstante la importancia capital que hemos señalado, el tratamiento legislativo es parcial, asistemático y deja importante materias sin resolver de forma concluyente, hasta el punto de que ha sido objeto de una importante labor de aclaración, o corrección y desarrollo por la doctrina científica y judicial, hasta el punto de que podemos decir que el análisis del marco normativo sólo ofrece una visión parcial, y en muchos casos, incompleta, del verdadero sistema de calificación del despido que se viene aplicando en nuestro país. La afirmación de que en España rige el despido libre indemnizado es la culminación de todo un proceso sistemático, de elaboración de postulados interpretativos sobre el marco regulador del despido, que se ha encaminado a reforzar los poderes empresariales ante la extinción del contrato, y para limitar el propio control judicial de las decisiones extintivas.
4. Solo el despido calificado como nulo tiene asegurada la reincorporación al puesto de trabajo, pues el improcedente otorga a la empresa la facultad para elegir entre la readmisión o el abono de una indemnización, salvo que el derecho de opción corres-



- ponda a los trabajadores, como sucede con los representantes de los trabajadores para garantizar la función representativa.
5. Tampoco hay un tratamiento unitario de la improcedencia o la nulidad en la legislación laboral o procesal. La calificación del despido improcedente o nulo se hace con arreglo a criterios distintos según que se trate del despido disciplinario o el despido objetivo, pues cada clase de despido se califica con arreglo a reglas propias. El régimen legal del despido improcedente pone en evidencia que no es un tipo de despido, sino una calificación que merecen determinados tipos de despido, ya sea por motivos disciplinarios, ya sea por causas objetivas, cuando se ha incumplido determinadas previsiones, y no opera al margen de la causa que determina la extinción, sino que cada tipo de despido da lugar la improcedencia o nulidad con arreglo a requisitos propios y específicos.
  6. Para decidir los efectos de la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral, cuando no se ajusta al régimen legal, exige resolver dos cuestiones, que no siempre se toman en consideración que con mucha frecuencia, en la práctica judicial, aparecen indebidamente mezcladas en la labor de calificación del despido:
    - En primer lugar, la determinación de la modalidad extintiva. En realidad, en este punto es donde hay que determinar si la decisión es o no un despido, y si lo es, de que tipo. Es una labor decisiva pues va a depender el régimen aplicable a los requisitos para el cese y a la calificación de los incumplimientos de la actuación empresarial y con ello, de los efectos del despido.
    - En segundo lugar, la calificación del cese. Sólo cuando estamos en presencia de un despido es cuando se lleva a cabo la labor de calificación propiamente dicha, según el grado de incumplimientos que pudiera adolecer, y la sanción que se le asigna a cada uno de esos incumplimientos.
  7. La doctrina que ha reforzado más intensamente los poderes empresariales, de amplio reflejo jurisprudencial, ha llegado a afirmar, en resumidas cuentas, que el régimen aplicable al despido es lo que la empresa invoca al llevar a cabo el acto extintivo, y es el que decide las reglas a aplicar para decidir si es nulo o improcedente. El resultado práctico es que la empresa puede elegir el régimen aplicable a uno u otro despido que considere más beneficioso, lo que normalmente sucederá con el que tiene menor niveles de garantías para el trabajador y una menor capacidad judicial para imponer el restablecimiento de la relación laboral, como es el despido disciplinario.
  8. Si la empresa no invoca ninguna causa, o decide una extinción por una causa no contemplada legalmente, como el vencimiento de un contrato temporal fraudulento, la doctrina judicial integra ese supuesto como un caso de despido disciplinario, que es el que mayor flexibilidad genera al empresario y menores garantías individuales y colectivas tiene para el trabajador, y la intervención judicial es más limitada. Esto da lugar a dos consecuencias prácticas que, insistimos, no están recogidas en ninguna norma legal, y son el resultado de una concreta opción interpretativa, moldeada por la doctrina académica y asentadas en la doctrina judicial: 1 - La propia decisión empresarial, aunque sea antijurídica, tiene efectos extintivos plenos, sin que sea obstáculo para ello que no cumpla los requisitos legalmente establecidos para que sea válida y eficaz. 2- La reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo es excepcional y se limita sólo a unos concretos casos enumerados en el despido disciplinario nulo, como son los ceses discriminatorios o lesivos de los derechos fundamentales, o los casos de protección de la maternidad y la conciliación de la vida personal y familiar.

9. Esto supone, además, que no se aplican la garantía legalmente prevista, con carácter general, para el fraude de ley, como es la aplicación de las normas que se han tratado de eludir, lo que supone la legalización del fraude empresarial en la decisión de extinción del contrato, al ser la que elige el marco normativo para efectuar la calificación del despido como improcedente o nulo. Por el contrario, el despido fraudulento es una técnica legal, no para calificar el despido nulo, sino para determinar la naturaleza de la modalidad extintiva llevada a cabo por la empresa, más allá de la invocación formal realizada por ésta, si es que ha invocado alguna razón para el cese.
10. Esta construcción de la causa del despido y del régimen aplicable no se corresponde con un modelo constitucional que reconoce el valor del derecho al trabajo y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y incompatible con cualquier noción de sujeción de la empresa al ordenamiento jurídico, además de ser contraria a cualquier línea de orientación política que tienda a salvaguardar la estabilidad en el empleo.
11. Es preciso partir de un análisis de la causa del cese vinculado a su propia naturaleza, es decir, de los motivos reales tomados en cuenta por el empresario para poner fin a la relación laboral, es la que determina el régimen de calificación del despido y con ello, los efectos que ha de tener. presupone que los órganos judiciales laborales no se han de limitar a valorar el régimen del despido que la empresa ha elegido –lógicamente en función de sus intereses- sino que tienen capacidad para analizar la verdadera naturaleza de la decisión extintiva, y ponderar si las razones invocadas son un mero subterfugio para conseguir eludir determinadas garantías, individuales y colectivas, así como de tutela judicial o administrativa.
12. La asimilación del despido sin causa al despido disciplinario, o sin más al despido improcedente, no es aceptable. En primer lugar, este modelo del despido no está asentado en base normativa concluyente, ya que ni la regulación del poder de dirección del empresario, ni las causas de extinción del contrato, ni el tratamiento procesal del despido permite afirmar que en los supuestos en los que la empresa decide poner fin al contrato de trabajo sin amparo legal suficiente, a cambio de una cantidad mayor o menor de dinero, la empresa puede conseguir expulsar al trabajador del ámbito de su organización sin que el órgano judicial pueda acordar la readmisión en su anterior puesto de trabajo si el consentimiento del propio empresario. Tales efectos prácticos no son fruto de un concreto modelo legal del despido en España, sino todo lo contrario, de los intentos de desarticular el modelo legal a partir de una reformulación de los poderes empresariales en relación con la vigencia de la relación laboral, mediante la expansión de unas concretas categorías más allá de los ámbitos en las que se contemplaron por el legislador, y que han llevado a la afirmación, que se viene insistiendo desde instancias empresariales, académicas y políticas, de que el despido en nuestro país el libre, solo que indemnizado.
13. Es preciso reconsiderar la posición del trabajador y del empresario en relación con la capacidad extintiva del despido sin causa en nuestro Ordenamiento. El despido sin causa no es un despido, sino un desistimiento unilateral del contrato efectuado por el empresario. Entre la legislación laboral no se encuentra el libre desistimiento del empleador como causa hábil para extinguir el contrato, sino sólo en determinado tipo de relaciones laborales especiales donde la especial vinculación y confianza entre las partes justifica atribuir al empresario tal facultad dispositiva plena sobre la relación laboral. El concepto de despido está indisolublemente unido a la concurrencia de una causa determinante del cese, la cual, a su vez, podrá o no probarse, o podrá o no tener la entidad suficiente para alcanzar la tipificación legal, pero no podrá ser simplemente inexistente. Con arreglo a este criterio, partiendo



- de una lectura sin prejuicios de lo que es un despido, como concepto de amplia aceptación por la propia doctrina judicial, configurado como acto causal, si la causa no concurre en absoluto y el cese obedece a la discrecionalidad de la empresa, en tal caso el despido es inexistente, y el libre desistimiento no genera la extinción del vínculo laboral.
14. El despido sin causa tiene vedado, constitucionalmente, su capacidad extintiva del contrato de trabajo, por dos razones: Por implicar el desconocimiento de los principios recogidos en la constitución relativos al derecho al trabajo y a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Además, el despido sin causa es incompatible con los compromisos internacionales suscritos por España, en particular, los que exigen que el trabajador conozca las causas de su cese y tenga posibilidades de defenderse, tal como establece el art. 4 del art. 158 OIT
  15. Ni siquiera admitiendo que el despido sin causa se ha de calificar como improcedente o nulo, y no simplemente como despido ineficaz o inexistente, se ha de admitir que los efectos del despido sin causa son los de la improcedencia, reconociendo al empresario un derecho de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada.
  16. Decir que el despido sin causa es un despido disciplinario carece por completo de fundamento, cuando se parte de que no son razones disciplinarias las tomadas en cuenta por la empresa para el cese, ni están conectadas con la exigibilidad de obligaciones laborales al trabajador. Por el contrario, más fundamento tiene considerar el cese como acto de organización empresarial, por la que ajusta sus recursos a sus supuestas necesidades organizativas y productivas, ante la constatación de que lo que si es el despido sin causa es un acto de gestión empresarial, por lo que el régimen de integración normativa debe ser el despido objetivo, que exige unos concretos trámites y garantías, y cuyo régimen de nulidad o improcedencia tiene un tratamiento distinto al despido disciplinario. Si tuviéramos que acudir a un sistema de integración normativa, el despido sin causa habría de calificarse como un despido objetivo nulo.
  17. La construcción que se está abriendo paso en la doctrina científica y judicial es que el despido que ha sido reconocido como improcedente por el empresario no precisa de causa alguna, la invocación de la empresa de motivos para el cese, si es que los exigen, es una mera formalidad carente de trascendencia sustantiva, y una vez puesta en marcha ese reconocimiento, si no se acredita la concurrencia de causa alguna, o la causa invocada es pura ficción, no excluye la declaración de improcedencia.
  18. El reconocimiento de la improcedencia por la empresa no es una nueva causa de despido, o un despido sin causa, es un mecanismo para evitar el proceso, institucionalizado para cumplir esa función procesal, lo que no debe perderse de vista a la hora de admitir su ámbito de aplicación, que es justamente, el mismo del despido declarado improcedente por el órgano judicial, con el entendimiento de que la empresa asume las consecuencias de esa calificación sin necesidad de pronunciamiento judicial condenatorio.
  19. Si la empresa reconoce la improcedencia, no equivale a negar la causa, y tampoco impide afirmar que concurren motivos para el cese, y que el trabajador tiene derecho a conocerlos. Lo que la empresa reconoce no es la inexistencia de la causa, sino que el despido no es procedente, es decir, que no concurren todos los elementos formales y sustantivos generadores de la válida extinción de la relación laboral. En relación con la causa, lo que la empresa podrá admitir, es que la causa no está justificada, lo que puede tener lugar desde dos perspectivas: La empresa renuncia a la

prueba de la causa, en todos los elementos que es necesaria que concurra para que el despido se declare procedente. Si el trabajador acredita que las causas invocadas son falsas, o es un ejercicio de simulación, no estaríamos ante un despido, sino ante un libre desistimiento, lo que no es hábil para generar la extinción del contrato, y por tanto, tiene los mismos efectos que la nulidad. De otro lado, la empresa renuncia a cuestionar la calificación de la causa invocada en relación con los elementos legales de la misma, pero no puede invocar una causa desconectada por completo de la modalidad extintiva que ha utilizado, pues en tal caso ya no sería un despido disciplinario o un despido objetivo, que es el presupuesto para la determinación de la calificación.

# Novedades

## EN LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA LABORAL

Sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.

*Recoipilación realizada por el Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO.*

### I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### **1. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 124/2009, DE 18 DE MAYO DE 2009.**

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN CON EL DE NO SER DISCRIMINADA POR RAZÓN DEL SEXO: DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA, A PESAR DE QUE LA EMPRESA LO IGNORASE (STC 92/2008). VOTO PARTICULAR.**

Se resuelve la demanda de amparo que tiene por objeto la impugnación de la Sentencia núm. 325/2004, de 7 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, confirmada en casación por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2006, que declaró ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia del despido de la recurrente en amparo, llevado a cabo por la mercantil Infraestructuras y Equipamientos de Granada, S.A., el mismo día en que la despidió, sin que la empresa conociera en ese momento su estado de embarazo.

Se trata de determinar la interpretación que debe efectuarse del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en orden a si es necesario o no el conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la trabajadora para que su despido no procedente pueda ser calificado como nulo. Esta materia ya ha sido abordada por este Tribunal en la STC 92/2008, de 21 de julio, cuya doctrina ahora se reitera. Por lo que se refiere a la concreta interpretación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, declaramos que:

*“nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que... la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.*

La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE” (FJ 8).

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

La aplicación de la doctrina constitucional que se ha expuesto conduce en este caso, al igual que el que fue objeto de la STC 92/2008, de 21 de julio, a concluir que las Sentencias del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al estimar ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia de su despido efectuado por la empresa en la misma fecha en que éste tuvo lugar, condicionando la aplicación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, al encontrarse la recurrente embarazada en el momento del despido, a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento de su estado de gravidez en dicho momento.

No obstante, la Sentencia cuenta con un Voto Particular, que sostiene la conclusión de que no se opone a ninguna garantía constitucional la interpretación de que el embarazo cuando el despido no se motivó por él (explícitamente o de modo oculto) pueda ser o no una causa legal de nulidad, aunque constitucionalmente deba serlo, si opera como motivo.

## 2. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 92/2009, DE 20 DE ABRIL DE 2009

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (INDEMNIDAD Y EJECUCIÓN): CESE DISCRECIONAL EL MISMO DÍA EN QUE LA FUNCIONARIA LITIGANTE FUE NOMBRADA POR MANDAMIENTO JUDICIAL.

La demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud 1426/2004, de 9 de septiembre, por la que se dispuso el cese de la recurrente como Jefa de Unidad de Enfermería de la Zona Básica de Rochapea-Ansoain y la del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 875/2005, de 15 de noviembre, recaído en el incidente de ejecución de la Sentencia núm. 318/2004, de 26 de marzo, que había declarado la adecuada ejecución de la sentencia de referencia.

Se plantea la aplicación de la garantía de indemnidad que deriva del art. 24.1 CE, “*lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza*” (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3; 16/2006, de 19 de enero, FJ 2; y 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3).

Según la doctrina constitucional, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores].

La conclusión es que en el caso el Servicio Navarro de Salud no ha acreditado otras razones justificativas del cese de la demandante de amparo que las de la de su duración temporal y la facultad discrecional del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud de nombrar interinamente a quienes han de ocupar las Jefaturas de Unidad de Enfermería transcurrido el periodo máximo reglamentariamente establecido para su desempeño, consideraciones que, como hemos señalado, no justifican en modo alguno, a la vista de la circunstancias concurrentes, la decisión de disponer el cese de la recurrente en amparo, ni permiten, por tanto, excluir el móvil de represalia aducido por ésta. En tales condiciones el panorama indiciario aportado por la demandante de amparo de que su cese estuvo en realidad motivado por la decisión de ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, al reclamar de los Tribunales su derecho a ser nombrada para ocupar la plaza de Jefa de Unidad de Enfermería de la Zona Básica de Rochapea-Ansoain, debe desplegar toda su operatividad para declarar la lesión del mencionado derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4; 171/2005, de 20 de junio, FJ 6).



### 3. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 130/2009, DE 1 DE JUNIO DE 2009.

PRINCIPIO DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS: PRUEBAS RESTRINGIDAS PARA ACCEDER A LA CONDICIÓN DE SECRETARIO O INTERVENTOR DE LAS ENTIDADES LOCALES DE NAVARRA (STC 27/1991). NULIDAD DE PRECEPTO AUTONÓMICO.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra acordó, mediante Auto de 19 de septiembre de 2005, plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, por su posible contradicción con el art. 23.2 CE.

La cuestión central que han de ser dilucidada en el presente proceso constitucional se refiere al párrafo primero del apartado 1 de la disposición legal transcrita, en la medida que se plantea si resulta contrario al derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), por restringir el proceso de habilitación que en ella se prevé para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las Entidades Locales de Navarra a quienes “*en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación, vinieren ocupando la plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada*”. Esta regulación no satisfaría dos de los requisitos que ha establecido la doctrina de este Tribunal para admitir con carácter excepcional las llamadas “pruebas restringidas”, como son la excepcionalidad de la situación que se pretende afrontar y la legitimidad del fin perseguido.

Según el TC, no resulta admisible que el carácter excepcional de la situación creada sea alegado por aquel que, con sus decisiones, en particular la suspensión de la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación conferida por la Comunidad Foral, ha contribuido a crearla, y tras ello lo aporte como fundamento para justificar una decisión que, por su carácter limitativo de un derecho fundamental, ha de ser necesariamente configurada de forma restrictiva.

Esta situación no reúne las notas de excepcionalidad que, conforme a nuestra doctrina, permitirían una diferencia de trato a favor del personal que desempeñaba interinamente estas funciones del calibre de la aquí examinada, que excluye de los procedimientos de selección de funcionarios de carrera, con el consiguiente sacrificio de su derecho fundamental, a todos aquellos que no reúnen tal condición, pues no se olvide que la reserva en el proceso de habilitación supone, conforme a las previsiones de la propia legislación foral, la participación, con carácter obligatorio, en el subsiguiente procedimiento de provisión de puestos de trabajo.

De esta forma, se declara la inconstitucionalidad de la norma autonómica que establece la restricción en la participación en las pruebas conducentes a la obtención de la habilitación para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las Entidades Locales de Navarra en favor de quienes cumplieran las condiciones que se derivaban del inciso cuestionado.

**4. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 159/2009, DE 29 DE JUNIO DE 2009, REC. AMPARO 9914-2006.**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL: RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE CESA A UN POLICÍA MUNICIPAL EN PRÁCTICAS, TRAS HABER SUPERADO EL CONCURSO DE SELECCIÓN, CON APOYO EN UN INTERCAMBIO DE DATOS SOBRE SU ESTADO DE SALUD ENTRE ADMINISTRACIONES SIN COBERTURA LEGAL Y AL MARGEN DE TODO PROCEDIMIENTO. DOCTRINA DE LA STC 70/2009.

El demandante de amparo participó durante los años 2002-2003 en el proceso selectivo para el ingreso en la categoría de agente de la escala básica de la Ertzaintza. Fue excluido de dicho proceso selectivo mediante Resolución de 21 de mayo de 2003 porque, a juicio del Tribunal médico del proceso selectivo, estaba afectado por la causa de exclusión médica prevista en la convocatoria. El recurrente se presentó asimismo como candidato en el proceso selectivo para la selección de plazas de agentes de la policía municipal de Donostia-San Sebastián. Tras superar la fase de concurso-oposición, el aspirante realizó, y superó, el curso de formación en la Academia de Policía del País Vasco del 8 de septiembre al 12 de diciembre de 2003, siendo nombrado funcionario en prácticas. Durante su estancia en la Academia de Policía del País Vasco el recurrente fue visto de uniforme por uno de los miembros del Tribunal médico del proceso selectivo para el ingreso en la Ertzaintza quien, conociendo que había sido excluido del mismo, lo comunicó telefónicamente a los servicios médicos del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, que alertaron a la Directora de Régimen Interior del Ayuntamiento de la recepción de dicha llamada telefónica y su contenido.

Además, considera que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente. La cuestión, por tanto, radica en determinar si esa afección o restricción del derecho puede considerarse constitucionalmente legítima. Por una parte, el fin público consistente en garantizar que los aspirantes serán capaces de ejercer la función policial (art. 104 CE) es causa legítima que puede justificar una modulación del derecho a la intimidad del aspirante siempre que esté previsto por Ley que respete el contenido esencial del derecho. Pero por otra, de estas previsiones legales no se deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos, de donde se deduce que la incorporación de la información sobre el estado de salud se ha llevado a cabo fuera de los cauces establecidos.

En efecto, la vulneración es indudable en la actuación del facultativo de la Academia de Policía Vasca que, al reconocer al demandante, comunica por teléfono el “recuerdo” de que el aspirante padece una enfermedad, obviando el deber de secreto profesional que pesa sobre este tipo de datos. Pero la irregularidad de la actuación no se circunscribe sólo a la comunicación del facultativo de la Academia de Policía, sino que se extiende, con mayor rigor -como señala el Ministerio Fiscal- a la actuación llevada a cabo por el Ayuntamiento de Donostia.

Como ya se ha apuntado, éste fundamenta el expediente de exclusión del demandante en una información sobre su estado salud que ha obtenido al margen de todo procedimiento, y a pesar de la oposición de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, con la consecuente adulteración del resultado natural del concreto proceso se-



lectivo municipal en el que las pruebas médicas habían arrojado un resultado satisfactorio (de aptitud). Además, se constata que la actuación administrativa es desproporcionada, utiliza información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada (pues el Ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato) para adular el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante.

Con ello se consolida una doctrina constitucional que garantiza la intimidad sobre los datos relativos a la salud. Pone en evidencia que ni siquiera en los supuestos en que existe un interés legítimo en conocer los datos de la salud se puede obviar las garantías existentes para la cesión de ese tipo de datos, ni para que sean utilizados, en este caso, en perjuicio del propio interesado. Si en la STC 70/2009, de 23 de marzo, ya citada, reprochamos a la Administración que fundamentara su decisión de jubilación forzosa en unos informes médicos privados que habían sido incorporados al expediente, mayor rigor ha de observarse en los casos en los que la conducta origen de la infracción se sitúa en el funcionamiento de la propia Administración y sus funcionarios públicos.

---

**5. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 183/2009, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2009, REC. AMPARO 4485-2005.**

**FALTA DE LEGITIMACIÓN DE SINDICATO MÁS REPRESENTATIVO PARA IMPUGNAR LA ADJUDICACIÓN A UNA CONCRETA EMPRESA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE DE APOYO TÉCNICO DOCUMENTAL, QUE SUPONÍA EXTERNALIZAR EL SERVICIO QUE VENÍA REALIZANDO LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. VOTO PARTICULAR.**

El Tribunal Constitucional analiza la legitimación de un sindicato más representativo –CC.OO.– para impugnar la adjudicación efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social del concurso para la contratación de apoyo técnico para cubrir las necesidades de asistencia técnico-administrativa en relación con la clasificación, análisis y tratamiento de documentos.

De acuerdo con estos criterios, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un interés profesional o económico, entre otros supuestos, los siguientes, la fiscalización por un sindicato de la legalidad de los acuerdos por los que se decidía prorrogar nuevamente unas comisiones de servicios preexistentes (STC 89/2003, de 19 de mayo, FJ 5); el nombramiento de un funcionario en comisión de servicios (STC 7/2001, de 15 de enero); el reconocimiento, de forma provisional y transitoria, de la compatibilidad para el ejercicio de actividades en el sector privado a dieciséis funcionarios adscritos a un hospital provincial (STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 5); la convocatoria de concursos para la contratación de apoyo técnico informático por parte la Tesorería General de la Seguridad Social (STC 112/2004, de 12 de julio); la aprobación de las bases de un concurso-oposición para acceder a una plaza del cuerpo de Policía Local (STC 28/2005, de 14 de febrero); la adjudicación a un funcionario de una plaza proveída a través de un proceso selectivo de libre designación (STC 358/2006, de 18 de diciembre); la adjudicación de tres puestos de trabajo a aspirantes que no poseían la titulación requerida por las bases del concurso (STC 153/2007, de 18 de junio); y, en fin, la aprobación de las listas provisionales de readjudicación de puestos de trabajo convocados por una Administración autonómica (STC 33/2009, de 9 de febrero).

En la aplicación de esta doctrina al presente caso, sin embargo, no se observa que se incurra en violación del derecho a la tutela judicial efectiva del sindicato, por no reconocerle legitimación para impugnar la adjudicación del contrato administrativo. Conviene tener presente que en otras ocasiones, el TC si admitió dicha legitimación, pues en la STC 112/2004, de 12 de julio, se otorgó el amparo al mismo sindicato por considerar contrario al principio pro actione la inadmisión de un recurso interpuesto contra las resoluciones por las que la propia Tesorería General de la Seguridad Social convocaba concursos para la celebración de contratos de apoyo técnico, de modo que la legitimación sindical se fundaba en el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos”, que constituye “la ventaja o utilidad que obtendría el Sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo y que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería” (FJ 5).

Pero lo que ahora se plantea no es un cambio de doctrina, sino su aplicación al supuesto de la impugnación, exclusivamente, de la adjudicación a una concreta empresa. En este punto, considera el TC que no ha acreditado que fuera a lograr la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en caso de que se estimara la pretensión ejercida, pues los intereses que están en juego en dicha actuación administrativa se reducen a la determinación de la empresa participante en el concurso que ha de resultar adjudicataria, en aplicación de las normas que regulan dicha contratación, sin que sea objeto de tal actividad la decisión sobre la convocatoria del contrato, su procedencia y efectos, que responden a una actuación anterior, que no es objeto del proceso. Las ventajas por la estimación de la pretensión recaerían exclusivamente sobre el resto de empresas que participaron en el concurso y no resultaron adjudicatarias, que tendrían una nueva ocasión para serlo.

Sin embargo, esta lectura formal del derecho a la tutela judicial efectiva no la comparte el voto particular que suscribe la Presidenta del TC, pues entiende que a quien se deniega el derecho de acceso al proceso es a un sindicato en el ejercicio de su derecho de libertad sindical y, por ello, es preciso analizar la afectación de ese derecho fundamental.

Considera el Voto particular que si han sido afectados los intereses sindicales en este caso. Ni puede afirmarse que la adjudicación de un contrato de externalización sea una actuación que no afecte a los intereses de los trabajadores, sino sólo a los de las empresas concursantes, como afirma la Sentencia de casación, ni puede considerarse que la confederación sindical recurrente haya dejado de plantear en el proceso elementos suficientes para vincular directamente su recurso con la concreta decisión de adjudicación, ni, en fin, es posible considerar que el hecho de impugnar o no impugnar la convocatoria del concurso resulte relevante para apreciar o no la existencia de un interés directo en el acto de adjudicación. La afectación, sustancial, directa y concreta, de los intereses de los trabajadores, por las decisiones empresariales de subcontratación constituye una realidad inequívocamente reconocida por el ordenamiento laboral. Este interés, que, por lo dicho, resulta inequívoco, no desaparece en función de otras actuaciones que haya realizado el propio sindicato y, en particular, en función de que el sindicato haya impugnado o no, previamente, la resolución de convocatoria del concurso. Concurriendo tal interés, la falta de impugnación de la convocatoria previa o, más en general, los límites que en el conocimiento del recurso imponga el concreto contenido de la demanda presentada y las argumentaciones efectuadas en la misma serán cuestiones que habrán de ser analizadas por los órganos judiciales y que producirán sus efectos en el fallo correspondiente, pero que no pueden impedir, el acceso mismo al proceso por la apreciación de falta de legitimación.

**6. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 140/2009, DE 15 DE JUNIO DE 2009, REC. AMPARO 3520-2005.**

EXPULSIÓN DE EXTRANJERO DE TERRITORIO ESPAÑOL: LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA NO MOTIVA LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO POR CARECER DE DOCUMENTACIÓN DE RESIDENCIA, EN VEZ DE LA SANCIÓN DE MULTA PREVISTA POR LA LEY CON CARÁCTER GENERAL. NEGATIVA ARBITRARIA A VALORAR LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La sentencia del TC 140/2009 tiene por objeto ponderar los límites de la actuación administrativa sancionadora, en la determinación de la sanción que procede imponer a una persona extranjera, que carece de documentación acreditativa de su situación, cuando entre las opciones previstas por la norma para tales incumplimientos, multa o expulsión, se opta por la expulsión si ofrecer una argumentación ni motivación específica sobre las razones de dicha elección, y sin ponderar las consideraciones familiares invocadas por el interesado para justificar la sanción pecuniaria. Se trata por tanto de una doctrina constitucional relacionada con los límites de la potestad sancionadora administrativa, y la eficacia de los derechos de los administrados a la motivación de la resolución, y más en concreto, de la sanción que procede imponer, y de la necesaria ponderación que la Administración ha de efectuar de factores que son relevantes en esa labor de especificación de la pena.

La primera aportación que hace el TC es determinar que derecho fundamental ha podido ser lesionado por la actuación administrativa, ante la supuesta falta de motivación a la hora de resolver sobre la sanción que procede imponer al extranjero, lo que se resuelve extendiendo el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el art. 24.1 CE, también, a la actuación administrativa sancionadora. El contenido del derecho a la motivación de la resolución, en este caso administrativa, en la medida que tiene un contenido sancionador, ha de comprender al menos tres elementos, que igualmente han sido explicitados por la doctrina del TC: los hechos, la calificación jurídica, y también la sanción a imponer. De esta forma, la determinación de la sanción no se integra en un ámbito de discrecionalidad administrativa, ni siquiera implica el ejercicio de una facultad atribuida legalmente a la Administración, sino que la falta de motivación de los criterios en los que se justifica la sanción es una exigencia constitucional, que puede implicar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La doctrina del TC se sintetiza del siguiente modo: “...De este modo también en el ejercicio de las facultades discrecionales reconocidas legalmente en la individualización de las sanciones es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión y que éstas no sean incoherentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a la individualización de la sanción (por todas, STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7)”.

La aplicación de estas garantías al procedimiento sancionador en materia de extranjería ha sido ya reconocida por la doctrina constitucional, concluyendo en la STC 260/2007, de 20 de diciembre, que la posibilidad de la que dispone la Administración para sustituir la pena de multa por la expulsión del territorio nacional está sujeta a unos concretos presupuestos objetivos y subjetivos fijados en la propia normativa, y además, son igualmente aplicables los criterios generales reguladores del derecho administrativo sancionador, relativos a la exigencia de proporcionalidad y los criterios de graduación de las sanciones.

Haciendo aplicación al presente caso de esta doctrina, el TC llega a la conclusión de que se ha producido la lesión del comentado derecho a la tutela judicial efectiva: Ni en la resolución administrativa, ni en el contenido del expediente, se recoge ninguna razón que justifique por que se sustituye la sanción económica por la expulsión. El TC también toma en cuenta que la obligación de justificación de esa decisión venía reforzada en la medida que el interesado había efectuado alegaciones específicas sobre los notables perjuicios que supondría para su personal y sobre todo, para su familia, integrada por una pareja estable y cuatro hijos menores de edad dicha expulsión, lo que no fue nunca ponderado por la Administración, que se limitó a constatar que tales factores son irrelevantes en este tipo de expedientes.

De esta forma, aunque no sea concluyente la legislación sobre extranjería, la integración normativa que hace el TC con todo el conjunto de normas y principios expuestos determina que el arraigo familiar sea un elemento determinante en el régimen de la sanción, por lo que *“...la negativa a valorar dichas circunstancias debe ser considerada una decisión arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada”*. La aplicación práctica es que cobra eficacia la sentencia de instancia que había anulado la sanción de expulsión y acordado la sanción pecuniaria en su cuantía mínima, con lo que queda reparado el derecho fundamental lesionado.

## II. SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

### 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA GENERAL) DE 22 DE JULIO 2009. REC. 3044/2008

EL PERSONAL ESTATUTARIO NO PUEDE ACCEDER A LA JUBILACIÓN PARCIAL, MIENTRAS EL DERECHO NO SE DESARROLLE REGLAMENTARIAMENTE.

El interesado que prestaba servicios como personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud solicitó el acceso a la jubilación parcial. La dirección del Distrito Sanitario no puso objeción a la reducción de jornada, ni a la contratación del relevista. Sin embargo, una vez se solicita la pensión de jubilación parcial en septiembre 2007; el INSS la deniega por considerar que el personal estatutario no puede acceder a la jubilación parcial mientras no se proceda al desarrollo reglamentario de la normativa legal.

Interpuesta demanda, el Juzgado de lo Social estimó la pretensión del demandante, sentencia posteriormente revocada por el TSJ de Andalucía / Granada, que da la razón al INSS, entendiendo que la jubilación parcial del personal estatutario regulada en el art. 26.4 del Estatuto Marco, está pendiente de desarrollo reglamentario. Interpuso Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, invocando como sentencia de contraste la del TSJ de Canarias/Tenerife, de 10-03-2006, Rec. 879/05, que había declarado el derecho del actor, personal estatutario, a que se le reconozca la jubilación parcial con reducción del 80% respecto de su jornada hasta la jubilación definitiva. Sin embargo, el TS desestima el recurso y rechaza el derecho a dicha modalidad de jubilación.



El TS confirma la sentencia del TSJ y deniega el derecho del solicitante a la pensión de jubilación parcial: Si bien el art. 26.4 del EM prevé que el personal estatutario podrá optar a la jubilación parcial cuando *“reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social”*; del análisis de la normativa de Seguridad Social sobre jubilación parcial, art. 166 LGSS, y RD 1131/02 se desprende que el derecho sólo se establece para los trabajadores sujetos a una relación laboral: **1)** Los arts. 166 LGSS y 1.1 y 10 del RD 1131/02, *“están referidos expresamente a los «trabajadores»... condición que en su estricto sentido técnico jurídico, sólo cabe atribuirle a quienes prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario”*. **2)** *“Y aunque esas notas (...) que definen y caracterizan el contrato de trabajo, están igualmente presentes en la relación estatutaria, la expresa remisión que el art. 166.2 de la LGSS hace al art. 12.6 del ET permite reconocer que la voluntad del legislador, cuando previno esta posibilidad de jubilación parcial (...) únicamente se refería a quines prestaban servicios en el ámbito de aplicación del ET...”*; **3)** El art. 166.4 realiza una expresa remisión a un futuro reglamento, que *“parece configurarse pues como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en al jubilación del personal estatutario”*.

De otro lado, dispone el TS que aunque el EBEP también reconoce el derecho a la jubilación parcial de los funcionarios, el propio Estatuto Básico en su disposición adicional sexta condiciona la jubilación parcial del personal funcionario a un posterior desarrollo normativo cuando prevé que el Gobierno presente en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga entre otros aspectos la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos. Por último, y aunque por razones cronológicas no resulta de aplicación al caso, el TS *“obiter dicta”* viene a señalar que las reformas en materia de Seguridad Social operadas por al Ley 40/07, corroboran la necesidad del desarrollo normativo para que tanto personal estatutario como funcionarios puedan acceder a la jubilación parcial,

La sentencia cuenta sin embargo, con un voto particular suscrito por cuatro de los catorce Magistrados que componen la Sala General favorable a la estimación del RCUD, y al reconocimiento del derecho a la jubilación parcial anticipada del personal estatutario.

Ciertamente la cuestión resulta cuanto menos discutible, tal y como se pone de manifiesto en el voto particular que se muestra bastante crítico con la decisión mayoritaria., señalando que *“No tendrían que incidir en las soluciones negativas...con respecto a la jubilación parcial del personal estatutario...las posibles críticas doctrinales al régimen de jubilación parcial o su incidencia en la sostenibilidad del sistema económico de la Seguridad Social, pues tales críticas afectarían por igual al régimen legal de tal prestación ...para los trabajadores por cuenta ajena...”*. Ante el posicionamiento del TS, queda, como también establece el voto particular, valorar la incidencia que la negativa al reconocimiento de la jubilación parcial del personal estatutario tenga en el principio de igualdad, art. 14 CE, pues personal estatutario y personal laboral están incluidos en el RGSS sin distinciones por razón de la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicios, a ambos colectivos se les exigen los mismos requisitos para el acceso a la jubilación parcial, y frecuentemente coinciden en el marco de los servicios públicos de salud, *“por lo que es difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato...”* Sin embargo, la diferencia de regímenes jurídicos entre el personal laboral y el personal estatutario suponen una notable dificultad para que pueda prosperar un juicio sobre vulneración del principio constitucional de igualdad.

**8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL 2009.  
REC. 44/07**

PERMISO EN CASO DE PARTO NATURAL Y SIN COMPLICACIONES: ES POSIBLE GENERAL PERMISO POR HOSPITALIZACIÓN DE PARIENTES HASTA EL SEGUNDO GRADO, AUNQUE NO TENGA COMPLICACIONES MÉDICAS. SE CORRIGE LA DOCTRINA DE LA STS DE 24 DE JULIO 2008, REC. 456/07.

En el convenio sectorial de grandes almacenes, al igual que el art. 37.3.b) ET reconoce un permiso retribuido de dos días “por accidente grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad”, que en caso de desplazamiento se extiende a cuatro días. En proceso de conflicto colectivo, los sindicatos UGT, CCOO y Fetico sostuvieron que los familiares hasta el segundo grado se podrían acoger al permiso por Hospitalización, aunque el parto fuera natural y sin complicaciones, lo que fue estimado por la Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de enero de 2007, Autos 177/2006. Recurrída la sentencia en unificación de doctrina, –la asociación empresarial negociadora del convenio no sólo sostenía que el parto en establecimiento hospitalario no se puede asimilar a hospitalización, sino que ni siquiera en caso de cesárea, que según su versión, era una modalidad de parto natural. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia de la AN, declarando que el parto siempre genera el permiso a favor de los familiares por hospitalización. .

Se trata de determinar que se entiende por hospitalización a efectos del permiso reconocido a los parientes hasta el segundo grado en el art. 37.3.b) ET, si en dicha expresión puede incluirse el parto natural o sólo los problemáticos desde el punto de vista médico. Ya la STS de 24 de Julio de 2008 había rechazado que los partos naturales puedan generar el permiso por hospitalización, pero ahora esa doctrina se rectifica, con arreglo a estos tres argumentos principales:

1º) Tanto el Convenio colectivo como el art. 37.3 b) ET utilizan en término “u” para diferenciar entre enfermedad grave y hospitalización, “Por ello, basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa la enfermedad más o menos grave de la mujer parturienta.”

2º) Dentro del termino “hospitalización” utilizado tanto por la Ley como por el Convenio, no se distingue “entre las causas que la motivan, ni [se condiciona] el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito. Consecuentemente, no podemos distinguir la hospitalización por enfermedad de la hospitalización por parto. ... a efectos hospitalarios, el ingreso de la parturienta es como el de cualquier enfermo patológico y tiene por fin la prestación a la misma y al hijo que va a nacer de los servicios hospitalarios precisos en esa situación de riesgo para su vida.”

3º) La solución es la más acorde con el espíritu y finalidad del precepto analizado, que forma parte de las normas reguladoras de conciliación de la vida laboral y familiar y no discriminación de la mujer trabajadora. Una solución diferente provocaría un situación peyorativa para la mujer por razón de sexo que se advierte con el “Tes. de but for” o de la sustitución lo muestra: si sustituimos a la mujer por un hombre la norma no se aplicará y no se producirá el desigual trato porque la naturaleza impide a los hombres la maternidad. De ahí resulta que la mujer que es hospitalizada para parir sería discriminada por su sexo caso de denegarle la posibilidad de que sus parientes la auxilien sin sufrir merma salarial. Por ello, procede igualmente, rechazar por discriminatoria y contraria al artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 la interpretación que las recurrentes propugnan.”

La sentencia rectifica el criterio mantenido en sentencia TS de 24 de julio 2008, Rec. 456/07, en la que se había mantenido que el permiso por hospitalización del art. 37.3 ET sólo contemplaba la hospitalización por enfermedad o accidente y no la hospitalización por parto. El TS justifica la corrección en que en el supuesto analizado en aquella sentencia consistía en un conflicto individual planteado varios años antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, a diferencia del litigio actual que si bien se había planteado unos meses antes de la entrada en vigor de la LOI; se trata de un proceso de conflicto colectivo cuya solución tendrá una proyección de futuro posterior a la fecha de entrada en vigor de la LOI.

---

**9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JUNIO DE 2009, RCU. 3.322/08**

**REINCORPORACIÓN TRAS EXCEDENCIA SIN RESERVA DE PUESTO: EFECTOS ECONÓMICOS DEL RETRASO DE LA EMPRESA EN OFRECER LA PLAZA: 1) PARA QUE SURJA LA MORA DE LA EMPRESA Y LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR LOS PERJUICIOS POR LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR, SÓLO ES EFICAZ LA INTERPELACIÓN POSTERIOR A LA VACANTE. 2) LOS EFECTOS SE INICIAN A PARTIR DE LA PAPELETA DE CONCILIACIÓN POSTERIOR A LA VACANTE.**

Un trabajador, que permaneció en excedencia voluntaria durante cinco años, solicitó el 19 de abril de 2004 la reincorporación a su puesto de trabajo u otro equivalente. Tuvo noticia a través de un incidente promovido a su instancia de la contratación de una persona, con su mismo nivel, el 7 de noviembre de 2004 y para la misma oficina en la que el actor había desempeñado sus servicios. Es por ello que reclamó el derecho a la reincorporación inmediata en el mismo puesto que ocupaba, el abono de una compensación por los salarios dejados de percibir desde el día 7 de noviembre de 2004 en que se produjo la vacante. La sentencia recurrida confirmó la estimación de la demanda salvo en cuanto al pronunciamiento sobre cotizaciones para el que se declara incompetente.

Reurre la empresa demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 15 de enero de 1997 por el Pleno de la Sala, RCU. 2004/1996. Considera que la compensación de los daños y perjuicios deberá iniciarse en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación cuando la vacante se produce después de finalizada la excedencia, basándose en que la reincorporación no es exigible cuando finalizada la excedencia, no existe vacante.

La STS de 9 de Junio de 2009, RCU. Núm. 3322/2008, considera que si la vacante es posterior a la solicitud de reingreso, la compensación de los salarios dejados de percibir no se genera desde la vacante, sino desde que se vuelve a solicitar la compensación después de crearse la vacante, y más en concreto, esa obligación comenzaría el día de la reclamación mediante papeleta de conciliación. Ello lo justifica en que si la solicitud de reingreso se formuló cuando aún no había vacante, “...aún cuando ciertamente demuestra la voluntad del excedente para el que finaliza el periodo que abarca esta situación de que quede alzada la suspensión que pesa sobre su contrato de trabajo, no constituye, sin embargo, interpelación eficaz para constituir a su empresario en mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no es aún exigible, por lo cual



*dicha interpelación no debe generar los efectos resarcitorios que derivan de lo dispuesto por el citado artículo 1100, en relación con el artículo 1101, también del Código Civil “. Según el TS, sólo es idónea para generar la mora la interpelación que se produce después de que exista la vacante.*

**10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA GENERAL, DE 24 JUNIO 2009. RCU. 1542/08**

VACACIONES: IT INICIADA ANTES DE LA FECHA PREVISTA PARA LAS VACACIONES EN ACUERDO INDIVIDUAL O COLECTIVO. LAS VACACIONES NO SE CONSUMEN Y EL TRABAJADOR TIENE DERECHO A NUEVAS FECHAS DE DISFRUTE. RECTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO CONSECUENCIA DE LA STJCE DE 20 DE ENERO DE 2009.

La empresa CLH AVIACIÓN S.A. elabora el calendario de vacaciones a finales de cada año, negociando con los representantes de los trabajadores y atendiendo peticiones individualizadas en función de las necesidades productivas; Un trabajador solicitó disfrutar parte de su vacación de invierno de 2007 en el periodo 10 al 16 de Abril de 2007, y así se asignó en el calendario publicado. Sin embargo, el trabajador no pudo hacer efectivo el periodo fijado, al permanecer de baja por IT entre el 19/Marzo y el 11/Mayo; Tras el alta, en fecha 8/Junio el trabajador solicitó el disfrute de aquellos siete días en otra fecha, lo que le fue denegado por la empresa. Instó demanda ante la Jurisdicción Social, que fue desestimada tanto por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid como por la STSJ Madrid 02/04/08, REC. 1211/08, basándose en la doctrina que había fijado el Tribunal Supremo en Sentencia de 3/10/2007 y 20/12/2007, por la que se consideraba que si las vacaciones habían sido fijadas de forma general en la empresa, el trabajador no tenía derecho a nuevas fechas por razón de la IT.

Ante ello formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como sentencia de contraste la STS 21/03/06, Rcu. 681/05. El recurso se resuelve por el Pleno de la Sala de lo Social, en Sala General, dada la importancia del caso y el alcance general que tiene por corregir la doctrina que había fijado la Sala de lo Social en Sentencia de 3 de octubre de 2007, Rcu. 5068/2005, y reiterada en Sentencia de 20 de diciembre de 2007, Rcu. 75/06.

El TS parte de la doctrina que sobre esta materia ha fijado la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de enero de 2009, Asuntos C-350/06 y C-520/06 que ha interpretado el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, llegando a conclusiones que son incompatibles con el criterio expresada por TS. Ahora el TS afirma que “... *la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa*”. Con ello se asimila al tratamiento que se aplica en caso de baja por maternidad.

Distinto es el caso de la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, “*pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador*”.

Con esta nueva doctrina, se aproxima el tratamiento de las vacaciones y la IT con el caso regulado en el art. 38.3 ET (IT por embarazo, parto o lactancia o suspensión del contrato por parto), aunque en este precepto no se diferencia según que la baja tenga lugar antes o durante las vacaciones y en el caso de IT por causas ajenas a la maternidad, el TS mantiene esa diferenciación. No obstante, la Sentencia tiene un Voto Particular, suscrito por cinco Magistrados, que defiende la necesidad de formular cuestión prejudicial ante el TJCE, en lugar de que el TS resuelva directamente la materia.

### **III. SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.**

---

#### **11. SENTENCIA DEL TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 13 DE FEBRERO DE 2009.**

Nº DE RECURSO: 3989/2008

DERECHOS LABORALES. CONCURSO Y SUCESIÓN DE EMPRESAS.

Sucesión de empresa: complejo hotelero gestionado por empresa declarada en concurso que resulta transferido a otra empresa. Se ha producido un cambio de empresario en la realización de la actividad empresarial, sea esta esencialmente la misma o haya sufrido un cambio no relevante, que en el caso concreto no se precisa ni concreta, limitándose la parte recurrente a mencionar que no se produce la identidad de actividades. Pero, también concurre el elemento objetivo ya que ha pasado de una a otra empresa el conjunto organizativo que permite la continuidad de la actividad empresarial. Así no solo se han mantenido el conjunto de los elementos materiales que caracterizan la actividad de explotación de la empresa, sino que, además de los personales, constituidos por la mayor parte de los trabajadores que prestaban sus servicios para la empresa ahora en concurso. E incluso se ha procedido a mantener el nombre bajo el cual giraba el local, lo que permite, como es obvio, que su identidad cara a los consumidores sea la misma, garantizándoles así que la actividad a la que venía dedicándose sea, también, la misma.

---

#### **12. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1777/2009

DERECHOS LABORALES. CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO.

Contrato de obra o servicio para el desarrollo de programas subvencionado. Agente de Desarrollo Local-técnico medio, para la realización de acciones de apoyo a las medianas y pequeñas empresas en el acceso a la información y a los recursos disponibles, con el objeto de facilitar la inserción laboral de los demandantes de empleo, condicionado

a subvención autonómica para financiar los costes laborales conforme a un convenio de cooperación entre Administraciones Públicas. Constituye un despido la comunicación de extinción del contrato por haber asumido las funciones que constituían su objeto otra instancia de la misma administración local y no persistir la subvención. Contrato fraudulento: las tareas que constituyen su objeto, en si mismas consideradas, son de duración indefinida en el tiempo por resultar necesarias para el desarrollo de los programas locales de empleo aunque los costes laborales que conllevan sean financiados temporalmente por una Administración distinta de la contratante. Así lo corrobora también el apartado e) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores al establecer como causa objetiva de extinción de los contratos concertados por las Administraciones Públicas, para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable, la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria que los financiaba.

---

**13. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 31 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1467/2009

DERECHOS LABORALES. CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO.

Trabajador con contrato de obra o servicio para el desempeño de funciones de mantenimiento y que prestó servicios como peón en las sucesivas contrataciones de mantenimiento que su empleadora mantuvo con una cementera. La comunicación de cese remitida por su empresa constituye un despido, ya que ni en el contrato inicial se encontraba suficientemente especificada la actividad o servicio determinados que constituían su objeto, ni tampoco se ha acreditado que durante la posterior ejecución haya existido una concordancia entre la actividad contratada y el trabajo desarrollado por el trabajador siendo así que las partes se sometieron expresamente a las normas ordenadoras del sector de la construcción. Aunque sea dado presumir una novación de un contrato temporal de obra o servicio determinado por la mera sucesión de contrataciones entre las empresas, ello no cabe que lo sea con independencia del tipo de actividad contratada, pues no puede tener la misma consideración una contrata de limpieza que una actividad consistente en la prestación de servicios de mantenimiento de plantas industriales, porque en tal caso ya no es que se haya transformado el contrato para obra o servicio en un contrato sometido a condición resolutoria, perdiendo su primigenia naturaleza de contrato a término, sino que la propia condición desaparece por falta de determinación de su objeto.

---

**14. SENTENCIA DEL TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 23 DE JUNIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1094/2009

DERECHOS LABORALES. CONTRATO EVENTUAL.

Es fraudulento el contrato eventual, por necesidades de la producción, suscrito por una trabajadora con una Administración autonómica para prestar servicios como trabaja-

dora social, ya que no consta que el nivel de actividad desarrollado por los trabajadores sociales del Centro de Valoración y Orientación de Incapacidades haya aumentado o disminuido en relación con el período de tiempo en que la trabajadora demandante prestó servicios para la Administración demandada, pero es que además tampoco consta que durante dicho periodo de tiempo haya habido una necesidad de trabajo que aun siendo el habitual no se pudiera atender debido a la insuficiencia temporal de la plantilla existente en el Centro en cuestión, por lo que se ha de entender injustificado el recurso a la contratación temporal de la actora y por consiguiente la relación laboral existente entre las partes se ha de calificar como indefinida.

---

**15. SENTENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DE 28 DE JULIO DE 2009**  
Nº DE RECURSO: 619/2009  
DERECHOS LABORALES. CONTRATO EVENTUAL.

Contrato eventual por circunstancias de la producción del art. 15.1.b) ET. Es fraudulento el contrato ante la falta de consignación con claridad y precisión de la causa o circunstancia que justifique la contratación temporal, al no resultar suficiente la mera referencia a un incremento de los servicios que debe cubrir la empleadora, y por la falta de causa de temporalidad, al no haberse acreditado que la acumulación de tareas, exceso de pedidos, incremento de servicios se haya producido.

---

**16. SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 15 DE JUNIO DE 2009**  
Nº DE RECURSO: 2238/2009  
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN POR DESPIDO NO COMPENSAN LA CANTIDAD ADEUDADA POR LA EMPRESA EN CONCEPTO DE VACACIONES NO DISFRUTADAS.

El derecho a la compensación por las vacaciones no disfrutadas en caso de despido no se excluye por el ejercicio de la acción de despido. Además, los salarios de tramitación devengables a contar desde la fecha del despido no se superponen de forma incompatible u opuesta a la liquidación vacacional, pues tanto si a raíz de la improcedencia del despido se produce la readmisión, como en el caso de que se optare por la indemnización sustitutoria, una vez transcurrido ya el año natural, la demandante no podría disfrutar de vacaciones, que ya se han compensado mediante su pago en metálico. De ahí que no se dé el supuesto del enriquecimiento sin causa, dada la heterogeneidad de ambas magnitudes.

---

**17. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID) DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1594/2009

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad. La trabajadora fue despedida tras manifestar su oposición en una entrevista con la empresa al criterio de ésta sobre el reparto de las propinas, reconociendo la empresa la improcedencia del despido, por lo que renuncia a la constancia de los hechos. El despido encubre la represalia por la protesta formal de la trabajadora y la garantía de indemnidad también abarca actos previos, anteriores a la iniciación de un proceso.

---

**18. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID) DE 12 DE FEBRERO DE 2008**

Nº DE RECURSO: 105/2008

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO NULO.

Despido nulo: Despido reconocido como improcedente por la empresa a trabajadora que se incorporó en su plantilla por vía de subrogación. Desde el principio, la empresa lesionó su derecho a la integridad moral –art. 15 de la Constitución-, ya que la trasladó a un centro en el que todos los demás trabajadores adscritos a la correspondiente contrata prestan servicios en la modalidad de teletrabajo, produciendo así su aislamiento y además la deja durante meses sin ocupación efectiva, sin que se justificara la necesidad de su traslado, que es contradictoria además con el hecho de que en su nuevo destino no tenga funciones que desarrollar. Durante este período intenta obtener que la trabajadora renuncie a sus derechos mediante aceptando una extinción supuestamente voluntaria de su contrato de trabajo a cambio de indemnizaciones no cuantificadas, amenazando a la misma simultáneamente con el traslado geográfico, que no se llega a ejecutar. Tal situación terminó produciendo daño en la salud psíquica de la trabajadora, en forma de trastorno ansioso-depresivo reactivo, que dio lugar a una baja médica, ante la cual la empresa reaccionó mediante su despido disciplinario alegando una causa totalmente inexistente, como era la ausencia de la trabajadora, justificada precisamente por la baja médica originada por la conducta empresarial.

Si se une la acreditada falta de causa del despido, la inserción de éste en una cadena de actos vulneradores de derechos fundamentales de la trabajadora y el que finalmente la causa real del despido sea una baja médica originada por una enfermedad causada por la indicada conducta de la empresa, se impone como consecuencia la nulidad del mismo.



---

**19. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2008**  
Nº RECURSO: 3979/2008.  
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. CUANTÍA DE LA INDEMNIZA-  
CIÓN ADICIONAL DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Contrato de agencia de seguros: enmascara la existencia de una relación laboral, ya que la trabajadora no contaba con plena libertad para organizar su actividad por si misma, tanto en relación al horario, como a los medios materiales y forma de actuación. Extinción del contrato a instancia de la trabajadora por menoscabo de su dignidad: acoso moral o «mobbing»: trato degradante y vejatorio de superiora jerárquica. Indemnización adicional de daños y perjuicios: indemnización adicional por daños y perjuicios de 54.900 euros: cantidad de 40.000 euros por el trastorno adaptativo sufrido por la trabajadora que motivó una baja de 18 meses; y 6.000 por el daño moral en su vida personal y familiar. Además por el lucro cesante compensador de las comisiones no percibidas durante el año 2.007, la cantidad de 8.900 euros.

---

**20. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009**  
Nº DE RECURSO: 1866/2009  
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: INTERESES PROCESALES DE LA INDEMNIZA-  
CIÓN POR DESPIDO.

La obligación del pago de la indemnización en los procedimientos por despido nace desde la fecha en que se extingue la relación laboral. Si la improcedencia se ha declarado en sentencia, será desde la fecha de ésta, que otorgó a la empresa la opción entre readmitir o indemnizar en el plazo de cinco días.

1.- La obligación de pagar los intereses legales del dinero más el incremento de dos puntos - art. 576.1 .3 de la Ley De Enjuiciamiento Civil-, surge para la empresa que ha optado por la indemnización desde el momento de la firmeza de la sentencia de instancia, y es una obligación nacida de la Ley sin que sea necesaria su declaración en el fallo jurisdiccional.

2.- Estas obligaciones no se alteran ni cambian, ni se suprimen, aminoran o extinguen por el hecho de cumplir con el requisito procesal obligado de consignar las cantidades objeto de condena cuando se quiere acceder a los recursos, Suplicación o Casación para la Unificación de Doctrina, y ello porque en esta Jurisdicción Social, la tutela judicial efectiva se satisface con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. Los recursos son extraordinarios.

3.- Los intereses que aquí se discuten tienen la finalidad de compensar al trabajador por la demora en el percibo de la deuda que la empresa tiene asumida por el hecho de extinguir sin causa o con causa declarada improcedente su relación laboral.

4.- Para liberarse de la deuda la empresa tiene o la opción de abonar la cantidad objeto de condena o ponerla a disposición del trabajador con la consignación expresa a los exclusivos efectos de liberarse de ella y no tener que abonar los intereses legales. Esta consignación liberatoria nada tiene que ver con la consignación procesal de acceso al recurso extraordinario.

---

**21 SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA (SEVILLA) DE 21 DE ABRIL DE 2009**

Nº RECURSO: 368/2008.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO. DESPIDO OBJETIVO.

Indemnización por incumplimiento de período de preaviso: procede su abono al trabajador también en los casos en que el despido objetivo fue declarado nulo en sentencia. Cabe su reclamación en proceso separado de reclamación de cantidad.

---

**22. SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA (SEVILLA) DE 14 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 3993/2008

EXTINCIÓN DEL CONTRATO. DESPIDO OBJETIVO.

Despido objetivo ante la expropiación de la finca donde se asienta el centro del trabajo –bar- y el posterior cierre del negocio. Se trata de un despido improcedente ya que la empleadora no acredita la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el cierre del negocio, ni la existencia de un supuesto de fuerza mayor que ampare la extinción del contrato de trabajo, circunstancia que además debería haber sido acreditado ante la autoridad administrativa tramitando el correspondiente expediente de regulación de empleo ex art. 51.12 ET.

La expropiación no puede justificar la extinción de las relaciones laborales si, como ocurre aquí, no se acredita que se trata de un negocio en el que es esencial la localización y la clientela ligada a ésta, sumado a que el empleador ha percibido un justiprecio fijado en un procedimiento contradictorio en el que la empresa demandada, expuso a la Administración el “valor en que estimen el objeto que se expropia”, interviniendo en caso de controversia sobre el precio del inmueble el Jurado Provincial de Expropiación, por lo que el empresario no se ha encontrado en una situación más precaria que un desahuciado, sino que independientemente de que esté de acuerdo o no con el justiprecio, por la expropiación la Administración le ha abonado una indemnización por la pérdida del negocio, lo que supone que puede incluso sin desembolso económico trasladar el mismo a otro lugar, lo que no puede pretender es cerrar el local, percibir una indemnización y extinguir las relaciones laborales con los trabajadores iniciadas cuando ya conocía que el local iba a ser expropiado (el expediente de expropiación forzosa es de mayor antigüedad que la del actor) y luego alegar esta causa para justificar el abono de una menor indemnización.

---

**23. SENTENCIA DEL TSJ DE CANARIAS (LAS PALMAS) DE 30 DE JUNIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 749/2008

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO OBJETIVO NULO Y CESIÓN ILEGAL DEL TRABAJADOR.

Despido objetivo nulo: la empleadora formal no ha puesto a disposición de la trabajadora, en el mismo acto en el que ésta se sabe despedida y sin solución de continuidad la indemnización por despido. Tampoco la comunicación de extinción por causas objetivas recoge cantidad alguna en concepto de indemnización. Teniendo en cuenta que la trabajadora despedida era objeto de cesión ilícita, la readmisión haya de ser llevada a cabo exclusivamente por parte del empresario real (la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Canarias).

---

**24. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1854/2009

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO OBJETIVO Y FINIQUITO.

Despido objetivo por causas económicas, productivas y organizativas. No se excluye el derecho a la impugnación del despido por la firma de un documento de saldo y finiquito de la relación laboral el día de efectos de la decisión extintiva, que no contiene transacción alguna, es decir, que el trabajador y la empresa no hacen concesiones mutuas, más o menos recíprocas, sino que el trabajador, tras dar recibo de la percepción de las cantidades que por la indemnización legal procedente y por la compensación de vacaciones no disfrutadas la empresa estaba obligada a satisfacer, dispone de su derecho a efectuar cualquier reclamación relativa a la relación laboral y renuncia al ejercicio de toda acción procesal. Y tales declaraciones de la demandante son realizadas sin percibir efectivamente entonces las cantidades mencionadas en el documento. Se trata de un despido nulo, ya que la empresa no puso a disposición del actor en ese momento la indemnización legal procedente.

---

**25. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1800/2009

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO OBJETIVO. EXPRESIÓN DE LA CAUSA EN LA COMUNICACIÓN EXTINTIVA.

Despido objetivo del art. 52.c) ET por causas económicas. Se califica como un despido nulo, ante la falta de concreción en la carta de los hechos concretos que motivan la extinción, facilitando al trabajador afectado los elementos suficientes para impugnar tal decisión, cuestionar la realidad o justificación de lo que se invoca y defender su pos-

tura. La empresa impone al trabajador la carga de conocer las razones empresariales antes de preparar su defensa, apuntando que la situación era “de dominio público”, una excusa general de la obligación legal que impone el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores con base en un estado general de la economía.

---

**26. SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 15 DE ABRIL DE 2009**

Nº RECURSO: 832/2009.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO. DESPIDO OBJETIVO: CAUSAS ECONÓMICAS.

Despido objetivo por causas económicas: despido improcedente. Las causas económicas se reconducen a una situación de pérdidas económicas continuadas y cuantiosas, lo que no puede afirmarse que exista por una reducción en la facturación en un período de cinco meses, pues no se trata ni de un período continuado significativo ni, desde luego, de pérdidas cuantiosas. Reducción de la facturación en un período de cinco meses pasando de 1.939.962'29 euros a 780.279'28 euros.

---

**27. SENTENCIA DEL TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 14 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1484/2009

EXTINCIÓN DEL CONTRATO. DESPIDO OBJETIVO.

Despido objetivo de trabajadora contratada para prestar servicios como administrativa en empresa encargada de la gestión del servicio de abastecimiento de aguas: La demandada no acredita la concurrencia de una situación de dificultad que impida el buen funcionamiento de la empresa, por exigencias de la demanda, pues no es dable aceptar que dicha constatación venga de la mano de una mera declaración de la empresa sin apoyo en elementos objetivos y en la aportación de un presupuesto, elaborado a petición de la propia demandada, que se confeccionó un mes antes de la comunicación de la carta de despido a la actora y que ya desde el mes de febrero de 2008 (seis meses antes del despido y 7 meses antes de la elaboración del presupuesto) la demandada ya había contratado los servicios de una Asesoría Contable, lo que evidencia, si cabe más, que no existía una situación de dificultad previa actualizada y acreditada en el funcionamiento de la empresa por exigencias de la demanda. No podría admitirse la alegación por la demandada de “dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva en el mercado”, habida cuenta que la demandada no tiene competencia en el mercado y ello porque aún existiendo otras empresas de igual objeto, lo cierto es que cada una de ellas tiene asignada una red de distribución de aguas, sin que exista interferencias entre las mismas.

---

**28. SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA (SEVILLA) DE 1 DE ABRIL DE 2008**

Nº RECURSO: 3418/2007.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO. DESPIDO COLECTIVO. CÓMPUTO DE LA ANTIGÜEDAD: EXCEPCIÓN AL PLAZO DE VEINTE DÍAS ENTRE CONTRATOS.

Despido colectivo encubierto: nulo por omitirse la autorización administrativa. Empresa con plantilla de 110 trabajadores que en el plazo de un mes cesa a más de 50 trabajadores mediante cartas de despido en las que simultáneamente reconocía la impropiedad del despido, haciendo entrega de la indemnización correspondiente a dicho reconocimiento; o mediante la no renovación de los llamamientos de los trabajadores con contratos temporales, con sucesivos encadenamientos, bien sin solución de continuidad, bien con base a las necesidades productivas de la empresa. Cómputo de la antigüedad, desde el inicio de su vinculación laboral a pesar de la existencia de períodos de inactividad superiores a 20 días, aunque las interrupciones no exceden de dos meses, entre los sucesivos contratos temporales suscritos. La tesis de los 20 días se aparta de los objetivos y finalidades de la Directiva 1999/70 /CE, frustrando la prevención de abusos. El plazo de prescripción de la acción declarativa es de un año ex art. 59.1 ET, de tal manera que se puede argumentar que el trabajador conserva durante un año esa posibilidad y que la cadena de contratos temporales sólo se rompe por el transcurso de un año, que ya impide al trabajador cualquier acción procesal. Esta solución integra los plazos procesales en la solución sustantiva, cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE, garantiza la eficacia de la conversión a fijo del trabajador impuesta por los arts. 15.3 y 15.5 ET y crea un escenario de seguridad jurídica.

---

**29. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 9 DE JULIO 2009**

Nº DE RECURSO: 492/2009

LIBERTAD SINDICAL: CONTROL Y SEGUIMIENTO DE DELEGADO SINDICAL.

Se produce la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical ante el seguimiento a que ha sido sometido un Delegado Sindical para controlar el uso de su crédito horario. Tal actuación empresarial excede de lo que puede considerarse legítimo en orden a determinar el adecuado uso del crédito horario, pudiendo calificarse de vigilancia especial e intensa, atendiendo tanto al periodo de duración en días, como en horas de cada uno de ellos (sin contar con la posibilidad de que sólo se haya consignado los días que más puedan favorecer la tesis de la empresa, y se haya omitido aquellos otros en los que el seguimiento resultó infructuoso), vigilancia que debe reputarse intromisión ilegítima en el ejercicio del derecho a la libertad sindical del demandante.



---

**30. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 9 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 492/2009

LIBERTAD SINDICAL: CONTROL Y SEGUIMIENTO DE DELEGADO SINDICAL.

Se produce la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical ante el seguimiento a que ha sido sometido un Delegado Sindical para controlar el uso de su crédito horario. Tal actuación empresarial excede de lo que puede considerarse legítimo en orden a determinar el adecuado uso del crédito horario, pudiendo calificarse de vigilancia especial e intensa, atendiendo tanto al periodo de duración en días, como en horas de cada uno de ellos (sin contar con la posibilidad de que sólo se haya consignado los días que más puedan favorecer la tesis de la empresa, y se haya omitido aquellos otros en los que el seguimiento resultó infructuoso), vigilancia que debe reputarse intromisión ilegítima en el ejercicio del derecho a la libertad sindical del demandante.

---

**31. SENTENCIA DEL TSJ DE CANARIAS (TENERIFE) DE 15 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 932/2008

LIBERTAD SINDICAL: OBSTACULIZACIÓN DE LA EMPRESA AL PROCESO DE ELECCIONES SINDICALES.

Promoción de elecciones por Sindicato más representativo en centro de trabajo de empresa que cuenta con una plantilla de cinco trabajadores. Al tener la condición de sindicato más representativo, tiene capacidad para promover elecciones a representantes de los trabajadores, habiendo comunicado dicha convocatoria a la Dirección General de Trabajo al día siguiente. El día fijado para el inicio del proceso electoral, la empresa no dejó entrar al centro de trabajo a los representantes del Sindicato demandante que pretendían comenzar el proceso electoral, no les facilitó la documentación necesaria para ello, entre otra el censo electoral, e impidió la constitución de la mesa electoral. Tales hechos, en su conjunto, constituyen una actitud obstaculizadora del ejercicio del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28 párrafo 1º de la Constitución Española, del que es titular el Sindicato demandante, en su contenido adicional de derecho a la promoción de elecciones sindicales, y un incumplimiento flagrante del deber de colaboración que pesa sobre el empresario en estos casos.

El documento presentado por la empresa demandada en el acto del juicio oral, en el que seis días antes del juicio cuatro de los cinco trabajadores de la empresa afirman que en ningún momento han solicitado de la empresa ni del sindicato el nombramiento de un delegado de personal, carece de todo valor, al suponer una renuncia a priori de derechos irrenunciables y plantear serias dudas sobre la libertad con la que los trabajadores lo suscribieron.

---

**32. SENTENCIA DEL TSJ DE CANARIAS (LAS PALMAS) DE 26 DE MAYO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 480/2008

LIBERTAD SINDICAL: DESPIDO POR RAZÓN DE LA ACTIVIDAD SINDICAL.

Despido sin causa de dos trabajadores que habían participado activamente en la convocatoria de una Asamblea revocatoria del mandato del delegado de personal, el día anterior a la fecha prevista para su realización. El despido se califica como nulo, al resultar previsible que a la revocación de la delegada de Personal le seguiría la convocatoria de elecciones, valorándose que en una empresa de pequeñas dimensiones las “intenciones” difícilmente son anónimas. La inexistencia formal de proceso electoral al tiempo de decidir la empresa el despido de los trabajadores no puede impedir la protección de su actuación “presindical”, sin que en ello incida ni el desistimiento de uno de los trabajadores despedidos ni la anulación del proceso electoral.

---

**33. SENTENCIA DEL TSJ DE EXTREMADURA DE 21 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 314/2009

LIBERTAD SINDICAL.

No se produce la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical ante la negativa empresarial a reconocer la cualidad representativa de los componentes del comité de empresa, pero tal actuación empresarial sí puede resultar lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se produce la vulneración de la garantía de indemnidad ante la negativa empresarial a reconocer la cualidad de representantes de los trabajadores. Valora como indicios que en el ejercicio de su cargo, los demandantes informaron a los trabajadores de sus derechos e instado reclamaciones de cantidad, junto con otros trabajadores, contra la empresa demandada, así como la celebración de un acto de conciliación en reclamación de cantidad contra la empresa que se produjo unos días antes de que la empresa les comunicara la decisión que ahora se impugna. No excluye la vulneración de la garantía de indemnidad que la demanda haya sido posterior, ya que el derecho a la indemnidad protege también los actos preprocesales, ni tampoco por el argumento de que la representación de los trabajadores en la empresa se articula a través a un único comité de empresa sobre todas sus contratadas de limpieza teniendo en cuenta que aceptó durante cinco meses la cualidad de representantes de los trabajadores a los demandantes tras subrogarse en la plantilla de sus contratadas de limpieza, por lo que quedó vinculada por sus propios actos. Se condena a la empleadora a abonar una indemnización de daños y perjuicios cuantificada en la retribución del crédito horario dejado de disfrutar.

---

**34. SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 12 DE MAYO DE 2008**  
Nº RECURSO: 1255/2008.  
LIBERTAD SINDICAL.

Vulneración del derecho de libertad sindical con motivo de la decisión de la empleadora de imponer, al amparo de sus facultades organizativas ex art. 20 ET, el cambio de centro de trabajo del Presidente del Comité de Empresa en uno de sus centros, y Secretario General de la Sección Sindical de CC.OO. en la misma, teniendo en cuenta la falsedad de los motivos invocados por la empresa para justificar tal decisión y la entidad de los indicios aportados por el trabajador sobre la naturaleza discriminatoria del cambio de centro. El representante en se había significado por una intensa actividad sindical en defensa del empleo en la empresa, oponiéndose activamente a los procesos de externalización que la empleadora tenía intención de realizar, amenazando con la realización de denuncias ante la Inspección de Trabajo. La sentencia confirma la recaída en la instancia, también en la condena a abonar una indemnización de 3.000 euros al trabajador, por daños morales.

---

**35. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN (BURGOS) DE 17 DE JUNIO DE 2009**  
Nº RECURSO: 381/2009.  
LIBERTAD SINDICAL. DELEGADO SINDICAL.

Vulneración del derecho fundamental de libertad sindical: no reconocimiento por la empresa de la condición de delegado sindical del art. 10 LOLS y de las garantías vinculadas al mismo. El requisito de la plantilla mínima de 250 trabajadores: no ha de referirse al concreto centro de trabajo a que se encuentra adscrito el trabajador cuando las elecciones sindicales celebradas afectaban a 311 trabajadores y al parecer lo eran de varios centros de trabajo de la empresa y por lo tanto cumpliría el requisito de ocupar a 250 trabajadores exigido en el art. 10.1 de la LOLS.

---

**36. SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 20 DE JULIO DE 2009**  
Nº DE RECURSO: 2887/2009  
LIBERTAD SINDICAL: DESPIDO NULO.

Despido disciplinario por transgresión de la buena fe y abuso de confianza de Secretaria General de una determinada sección sindical: Despido nulo por lesión de los derechos fundamentales de libertad sindical, y de expresión e información. Trabajadora al servicio de una empresa contratista del mantenimiento de unos jardines municipales, que dirige una carta al Ayuntamiento titular denunciando una serie de irregularidades que se venían produciendo, donde se informaba a la Entidad Local de unas condiciones de ejecución que, además de afectar a la situación laboral de los operarios, perjudicaba el servicio público encomendado a la empresa demandada. Dicha carta fue

el colofón a una dilatante actitud de la empleadora, frente a la que la recurrente había reclamado el reconocimiento de determinados derechos laborales y formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo. En ningún momento se realizó imputación o crítica alguna a la dirección del centro no relacionada directamente con aquellos concretos aspectos; resultando evidente la plena conexión de su contenido con el ejercicio de la libertad de expresión e Información en el seno de una relación de trabajo inserta en una contrata pública y, como tal, susceptible de control por parte de la Entidad titular del servicio.

---

**37. Sentencia del TSJ de Galicia de 10 de julio de 2009**

Nº DE RECURSO: 4536/2008

LIBERTAD SINDICAL: NO RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL CRÉDITO HORARIO.

No está justificada la negativa de la empresa a reconocer el uso del crédito horario por 6,5 horas, que se preaviso con diez días de antelación: se ha dado cumplimiento con creces al plazo de preaviso, sin que la empleadora pueda denegar dicho disfrute, por no constar que el mismo vulnere el principio de buena fe, o sea abusiva la utilización que del crédito horario se pretende, ni que cause perjuicio razonable alguno, por lo que la denegación realizada supone una vulneración del Derecho a la Libertad Sindical.

---

**38. SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 19 DE MARZO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 7912/2008

LIBERTAD SINDICAL: DISCRIMINACIÓN EN LA SELECCIÓN DE TRABAJADORES POR DESPIDO COLECTIVO (ERE).

Libertad sindical: discriminación en la selección de trabajadores por despido colectivo (ERE). Para poder apreciar si existen o no indicios de discriminación por razón de la afiliación a un determinado sindicato no deben compararse en términos absolutos el número de afiliados a uno u otro sindicato que han visto extinguidos sus contratos, sino en términos relativos, dada la gran diferencia que a este respecto existe en el número de afiliados a cada uno de ellos. El sindicato demandante es, con diferencia, el más perjudicado en la selección realizada por la empresa en relación con los dos sindicatos mayoritarios, dándose además la circunstancia de que dicho sindicato no suscribió el pacto al que se llegó en el ERE. Los indicios de discriminación existen, por lo que la empresa tenía la carga de probar que su decisión de extinguir los contratos de trabajo de los actores obedecía a causas reales ajenas a todo propósito discriminatorio. Acreditado que todos los despidos de los trabajadores afectados por el ERE y que estaban como afiliados al sindicato en cuestión fueron declarados nulos en base a los motivos antecedentes, es patente la denuncia formulada por el sindicato. Plazo de prescripción para el ejercicio de la acción: no se inicia desde la fecha de la resolución del ERE sino que debe retrotraerse a la fecha en la que queda fijada definitivamente la lista de afectados.

---

**39. SENTENCIA DEL TSJ DE EXTREMADURA DE 23 DE JULIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 283/2009

LIBERTAD SINDICAL. CIERRE PATRONAL.

Vulneración del derecho de huelga con el cierre patronal llevado a cabo por la empresa. No constan datos que permitan considerar que esa alteración de la producción que iba a determinar la huelga fueran de tal magnitud que justificaran el cierre patronal, sobre todo si se tiene en cuenta que ni siquiera se dio oportunidad de iniciar la huelga con lo que, en realidad, no se conocen con certeza las consecuencias de la convocada, pues la huelga no pudo llevarse a efecto dado que al día siguiente de la convocatoria se procedió al cierre. Se trata de un cierre de los denominados ofensivo o agresivo, que lo que pretendía es cercenar el derecho de huelga que para la defensa de sus intereses se otorga a los trabajadores en el art. 28.2 CE.

---

**40. SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 14 DE ABRIL DE 2009**

Nº RECURSO: 1290/2009.

MUJER Y TRABAJO: EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS.

Excedencia por cuidado de hijos: Mientras dura la interrupción de la actividad laboral, el trabajador/a puede realizar otro empleo si se evidencia que éste facilita atender al niño, sin que ello constituya un incumplimiento, de forma que se mantiene el derecho a la reserva de su puesto de trabajo.

---

**41. SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 6 DE MARZO DE 2009**

Nº RECURSO: 4779/2008

MUJER Y TRABAJO: REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS Y MODIFICACIÓN DE HORARIO Y TURNOS.

Se cuestiona el derecho de un trabajador que prestaba servicios como Agente de Servicios Auxiliares en Iberia, en régimen de turnos, a solicitar una reducción de su jornada en un 1/8 –en una hora diaria de trabajo- para el cuidado de dos hijos menores de 8 años, quedando fuera del régimen de turnos rotatorios existente en la empresa y pasando a prestar servicios en el turno fijo de noche. La empresa no discute el derecho del trabajador a reducir su jornada, pero no acepta la modificación de su régimen de turnos. La sentencia reconoce el derecho del trabajador, teniendo en cuenta que expuso una serie de razones en orden a argumentar los motivos por los que entiende que el trabajo en tan repetido turno fijo le ayudaría a conciliar su vida familiar y laboral, pudiendo, de este modo, atender mejor a su hija menor de ocho años, ninguna de las cuales fue negada por la empresa. Resulta, además, notorio el hecho de que Iberia es una empresa de gran dimensión en cuanto al personal que presta servicios laborales para ella, a lo que se añade que los trabajadores adscritos al Departamento donde presta ser-



vicios el trabajador alcanzan un número ciertamente elevado. En definitiva, ponderando los intereses en conflicto en atención a las circunstancias concurrentes y, por ello, al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia -artículo 39 de la Constitución-, en el supuesto que nos ocupa debe prevalecer el derecho del trabajador a compatibilizar su vida familiar y profesional en la forma que pretende, ya que con ello se favorece el derecho constitucional que constituye su razón de ser, y no se causa ninguna dificultad relevante al funcionamiento regular de la sociedad demandada, ni, en lo que a ésta parece preocupar, se le hace de mejor derecho que a los demás compañeros de trabajo dedicados a labores de carga y descarga de los aviones.

---

**42. SENTENCIA DEL TSJ DE CANTABRIA DE 25 DE FEBRERO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 112/2009

MUJER Y TRABAJO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO.

Discriminación indirecta por razón de sexo: despido de nueve trabajadores, siendo ocho de ellos mujeres. Los motivos aparentemente neutros alegados por la empresa –la reducción de costes de producción-, esconden una manifiesta desproporción en el número de mujeres y de hombres que salen de la empresa, con los que continúan en la plantilla. Para reducir la plantilla, la empresa intentó negociar las extinciones de contratos con los trabajadores más antiguos y, ante el fracaso de esta vía, procedió a la extinción de los trabajadores con menos de cinco de años de antigüedad, que esencialmente estaba conformado por mujeres. No se excluye la discriminación por el hecho de dentro del colectivo afectado se saltara a dos trabajadores, lo que, no haber sucedido, habría determinado que la totalidad de los despedidos fueran mujeres.

---

**43. SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA (SEVILLA) DE 10 DE JUNIO DE 2009**

Nº DE RECURSO: 994/2008

MUJER Y TRABAJO. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO.

Incentivo variable regulado en convenio colectivo, que se cuantifica valorando el número de horas efectivamente trabajadas por cada trabajador en el año de referencia. No cabe reducción de su cuantía por las horas dejadas de trabajar por una trabajadora durante su permiso de maternidad. La sola aplicación del art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007 permite apreciar la existencia de una discriminación por cuanto la aplicación del descuento de los días de maternidad a los efectos de la cuantificación del incentivo variable es una circunstancia exclusivamente predicable de la mujer trabajadora, que implica una clara discriminación indirecta por razón de sexo.

---

**44. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009**

Nº DE RECURSO: 1757/2009

MUJER Y TRABAJO: ACOSO SEXUAL.

Despido de trabajadora por no alcanzar el rendimiento pactado en el contrato, conforme a la cláusula contractual estipulada en el mismo. Se trata de una cláusula nula en cuanto resulta abusiva, lo que se deduce del propio modo de incorporarla al contrato, en cuanto se remite respecto de la cuantía o porcentaje a lo que señale en su día y para cada año la empresa, lo que infringe el artículo 1256 del Código Civil, toda vez que su alcance lo va a fijar posteriormente la exclusiva voluntad de una de la partes. Se declara la existencia de un despido nulo, al valorarse como indicio del acoso sexual denunciado por la trabajadora el trato desigual con respecto a los compañeros que presentaron un rendimiento inferior. Se reconoce el derecho de la trabajadora a una indemnización adicional por daños morales por importe de 6.000 euros, ante el daño moral que se origina en el sufrimiento al que se somete a una persona, que no sólo pierde su trabajo, sino que previamente es objeto de actos discriminatorios.