



Roj: **STSJ M 10609/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:10609**

Id Cendoj: **28079340052016100597**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **26/09/2016**

Nº de Recurso: **352/2016**

Nº de Resolución: **598/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 352/16-LO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34001360

251658240

NIG : 28.079.00.4-2015/0045621

Procedimiento Recurso de Suplicación 352/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid Despidos / Ceses en general 977/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 598

Ilmos. Sres

D. /Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D. /Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D. /Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veintiséis de septiembre de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación **352/2016**, formalizado por el/la LETRADO D. /Dña. BEATRIZ ALVAREZ DIEZ en nombre y representación de D. /Dña. Guillerma , contra la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid en sus autos número 977/2015, seguidos a instancia de D. / Dña. Guillerma frente a D. /Dña. Laura , habiendo sido citado el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por



Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La parte actora D^o Guillerma , ha venido prestando servicios en el domicilio de la demandada, con una antigüedad desde el 4 e Septiembre de 2014, categoría profesional de empleada de hogar , a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo parcial (12 horas), percibiendo un salario mensual de 275 Eur. con inclusión de prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- En fecha 31 de Agosto de 2015 la demandada comunicó a la actora, por carta, que obrante en autos como documento n^o 1 de la demandada, se da aquí por reproducida, la extinción de su contrato de trabajo por desistimiento, por medio de burofax, con efectos de ese mismo día, entregando documento de liquidación y finiquito, que obrando en autos como documento n^o 2 de la demandada, se da igualmente por reproducido.

TERCERO.- En fecha día 31 de agosto de 2014 se realizó a la actora transferencia por importe de 422,91 Euros (documento n^o 15 de los aportados por la parte demandada).

CUARTO.- A fecha 22 de Septiembre de 2015, la actora se encontraba en proceso de gestación de 18 semanas (documentos n^o 3 de los aportados por la parte actora).

QUINTO.- Se presentó papeleta de conciliación el 9 de Septiembre de 2015 teniendo lugar el acto ante el SMAC en fecha 24 de Septiembre de 2015 con el resultado de sin avenencia".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimo la demanda interpuesta por D. Guillerma contra D^a Laura , siendo parte el Ministerio Fiscal, y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Sin costas".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D. /Dña. Guillerma , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 20/05/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 07/9/2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda formulada por despido se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora formulando el recurso al amparo del art. 193 apartado c) LRJS , denunciando la infracción de los arts. 55.5 y 55.5.b) ET y art. 14 de la CE .

A juicio de la que recurre, conforme con el relato de hechos probados pero disconforme con la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia, la actual redacción del art. 55.5 del ET ha eliminado la condición de comunicar la gestación al empleador, preservando así también el derecho a la intimidad de la mujer que no tiene por qué participar su estado para mantener su puesto de trabajo y que no obstante, no siendo la aludida comunicación un requisito exigible, en el caso de autos la trabajadora sí comunicó a su empleadora que estaba embarazada, realizando tal comunicación el día 26 de agosto de 2015 de manera verbal.

Alega que la recurrente prestaba servicios en el domicilio de la demandada 3 días a la semana, 4 horas al día, acudiendo los lunes, miércoles y viernes; que se realizó la notificación el miércoles 26 de agosto de 2015, siendo despedida el lunes 31 del mismo mes, tan sólo 5 días después, alegando la demandada que la extinción del contrato se basaba en un desistimiento, con efectos de ese mismo día; que la trabajadora



prestaba servicios para la demandada desde el 4 de septiembre de 2014, a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, estando a punto de cumplirse el año de prestación de servicios.

Añade que el art. 11.3 del RD 1620/2011 de 14 de diciembre regula el desistimiento del empleador del siguiente modo "El contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, lo que deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa.

En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días.

Simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización que se abonará íntegramente en metálico, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio con el límite de seis mensualidades" y que la sentencia recurrida, entendiéndose que ha existido notificación por escrito a la trabajadora, así como abono de las cantidades debidas, da por cumplidos los requisitos para entender como válido el desistimiento de la empleadora demandada.

Manifiesta que la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin la paridad entre ambos, siendo un principio también vigente en materia de empleo y que la sentencia nº 124/2009 del Tribunal Constitucional señala que "La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 de la 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 " y atendiendo a la última interpretación del Tribunal Constitucional, según sentencia 124/2009 se debe entender que estamos ante una "nulidad objetiva", distinta de la nulidad por discriminación del párrafo primero del art. 55.5 del ET , que actúa en toda situación de embarazo al margen de que haya trato o móvil discriminatorio.

Concluye que no siendo un requisito necesario la comunicación del embarazo, por parte de la trabajadora, y habiéndose producido el despido nada más notificar ésta a su empleadora su estado de gestación, entiende que está acreditada que la causa real del despido no fue el aludido desistimiento de la empleadora, sino el embarazo de la trabajadora.

Siguiendo el criterio de esta Sala, en sentencia de fecha 24 de noviembre de 2008 "La cuestión que se nos plantea, que no es ni mucho menos baladí y, según la doctrina constitucional, exige un canon reforzado de motivación por los valores en juego, radica, pues, en dirimir si realmente la Ley Orgánica 3/2.007, ya citada, autoriza o no a concluir que cuando el despido de una empleada del hogar obedezca a un móvil discriminatorio, en este caso por razón de sexo y, más en concreto, debido a su estado de embarazo, la decisión extintiva en cuestión ha de declararse necesariamente nula, como, sin duda, sucedería si afectara a quien mantiene una relación laboral ordinaria o común. Estamos, como se ve, ante dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar, que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica.

DECIMOSEXTO.- Conjugación de ambos derechos no resulta ciertamente fácil, si bien la Sala considera que el que debe prevalecer, al menos en lo que toca al alcance y efectos del reproche que merece el despido discriminatorio, es el segundo, precisamente por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente, obligación que, ni siquiera judicialmente, se nos antoja quepa imponer a nadie. Ya expusimos que la norma orgánica que venimos comentando, y que sirvió de sustento a la sentencia de instancia, en nada alteró el régimen jurídico específico del servicio del hogar familiar. Pues bien, si la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas se revela como una de las reglas básicas para su correcta exégesis, no parece que las consecuencias legales que conlleva la declaración de nulidad del despido tal como dispone el artículo 113 de la Ley de Procedimiento Laboral , y siempre que la prestación laboral de servicios tenga lugar, como aquí sucede, en el ámbito del hogar familiar, pueda reputarse de respetuosa con aquella regla interpretativa, llevando, si bien se mira, a situaciones



absurdas y contrarias, muchas veces, a lo que se entiende por convivencia pacífica y armoniosa en el lugar de empleo.

(...)

En resumen, si la relación laboral que vincula a las partes hubiera sido ordinaria, la aplicación del artículo 55.5 b) de la Ley del Estatuto de Trabajadores, precepto que, entre otros supuestos, se refiere a la trabajadora embarazada, y cuyo núcleo normativo esencial es, incluso, anterior a la Ley Orgánica 3/2.007, pues proviene de la redacción introducida por la Ley 39/1.999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, conduciría ineluctablemente a declarar la nulidad del despido sometido a debate, que no respondió a motivo disciplinario alguno, por lo que mal pudo reputarse de procedente, al erigirse el estado de gravidez de la mujer en causa objetiva que, en todo caso y sin necesidad de ninguna otra consideración adicional, determina tan repetida nulidad, y sin que, para ello, sea menester acudir a lo dispuesto en el ordenamiento comunitario, así, a guisa de ejemplo, en las Directivas 76/207/CEE, 92/85/CEE y 2.002/73/CE.

DECIMONOVENO.- Tan largo excurso argumental resulta totalmente necesario para, aun encontrándonos todavía en la posición de partida, esto es, dilucidar si cabe declarar nulo el despido de una empleada de hogar que estaba embarazada a la sazón de la extinción de la relación laboral especial que le unía al cabeza de familia, poder dar, por fin, respuesta con mejor conocimiento de causa a la controversia material que se nos plantea. Pues bien, la Sala entiende que, a la luz de los valores constitucionales enfrentados, la decisión extintiva adoptada por la recurrente, producida durante el embarazo de la demandante y manifiestamente no procedente, sólo puede calificarse, como hizo el Juzgador a quo, como nula, si bien los efectos jurídicos que esta declaración supone han de ser atemperados o, si se prefiere, modalizados en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar. Nos explicaremos. Del mismo modo que comienzan a prodigarse peticiones en que el trabajador o trabajadora que, con su despido, vio lesionado algún derecho fundamental por la actuación de su empresario y, en función de la naturaleza y gravedad del atentado sufrido, propugna que los efectos de la nulidad no sean los propios del artículo 113 de la Ley Procesal Laboral, sino los que entraña la declaración de improcedencia en punto al abono de la indemnización legal, única forma de preservar, las más de las veces, su integridad física y moral -en suma, personal-, y sin perjuicio de la eventual indemnización adicional que también pudiera reclamarse, consideramos que, dada la primacía del derecho a la intimidad en lo que a tales efectos respecta, también en el caso enjuiciado debemos obrar así. Se trata, en definitiva, de calificar como nulo el despido por el especial reproche jurídico que merece y, además, por ser consecuencia obligada de lo que la doctrina constitucional considera causa objetiva de tan repetida nulidad, mas únicamente a efectos declarativos, dotando, empero, a esta declaración de las consecuencias propias del despido improcedente, como única forma de salvaguardar también el derecho a la intimidad de los componentes de la unidad familiar.

VIGESIMO.- Con todo, esta solución continúa suscitando otras dudas que también debemos resolver. En primer lugar, hemos de determinar si la indemnización que procede en estos casos es la prevista en el artículo 10.1 del Real Decreto 1.424/1.985 para el despido improcedente, o bien, por contra, la fijada en el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, que es la que, a la postre, se pretende en el suplico de la demanda rectora de autos. Teniendo en cuenta que aquella norma reglamentaria no contempla la posibilidad de declarar nulo el despido en el ámbito del servicio del hogar familiar, realidad que la normativa legal posterior que se promulgó en defensa de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ha venido a alterar radicalmente -no nos estamos refiriendo sólo a la Ley Orgánica 3/2.007, sino también a la Ley 39/1.999-, no nos cabe duda de que la procedente no es otra que la establecida en el citado precepto estatutario, pues, no se olvide, el despido ha sido declarado nulo, si bien modulando sus efectos en atención a hecho tan relevante como que la prestación de servicios se desarrolla en el seno del hogar familiar. Se nos dirá que por esta vía estamos autorizando a que trabajadores sujetos a otras relaciones laborales de carácter especial se acojan a lo dispuesto en el ordenamiento laboral común, posibilidad que no tiene por qué producir ningún recelo, ni zozobra, si valoramos que el punto de partida es un supuesto excepcional, pues así debe o, al menos, debería entenderse toda conducta empresarial lesiva de derechos fundamentales. Por tanto, si la antigüedad de la trabajadora es de dos años, siete meses y veintiséis días, debiendo computarse este resto como mes completo, tal como señala la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2.007, dictada en función unificadora, en tanto que su salario diario con prorrata de pagas extraordinarias asciende a 21,39 euros (641,67 euros entre 30 días), la indemnización que le corresponde percibir s.e.u.o., de 2.566,80 euros, de la que, por supuesto, habrá que deducir las sumas ya cobradas en su día como indemnización por despido -256,62 euros-, asimismo, por falta de preaviso, en cuantía ésta de 274,95 euros, figura que únicamente procede en caso de desistimiento del empleador, por lo que la diferencia resultante queda cifrada en 2.035,23 euros. En este punto, el segundo motivo, que básicamente ataca la readmisión obligatoria impuesta en la resolución judicial combatida, debe acogerse en parte.



(...)

VIGESIMOSEGUNDO.- Con todo, partiendo de las mismas premisas tomadas en consideración para alcanzar la conclusión relativa a cuál deba ser la indemnización procedente, también en casos como el actual, dada la declaración de nulidad del despido y aunque no se interese como indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales, compensación económica que en autos no se pide como tal, entendemos que también resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores", lo expuesto nos lleva, con estimación parcial del recurso, a revocar la sentencia de instancia y declarar, que el cese de la actora el 31 de agosto de 2015, estando entonces embarazada, constituye un despido nulo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que abone a la trabajadora una indemnización en cuantía de 193,33 euros, como si de un despido improcedente se tratara. Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D^a Guillerma, contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, en los autos núm. 977/15, seguidos a instancia de la recurrente, contra D^a Laura, sobre despido, revocamos la sentencia de instancia y declaramos que el cese de la actora el 31 de agosto de 2015, estando entonces embarazada, constituye un despido nulo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que abone a la trabajadora una indemnización en cuantía de 193,33 euros, como si de un despido improcedente se tratara. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0352-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00- 0352-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 5/10/16 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.