



Roj: **STS 3400/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:3400**

Id Cendoj: **28079140012009100339**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2009**

Nº de Recurso: **2063/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Álvaro Hinrichs Álvarez en nombre y representación de D<sup>a</sup> Aida , contra la sentencia dictada el 5 de mayo de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1372/08, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de los de Madrid, de fecha 28 de noviembre de 2007, recaída en los autos núm. 733/07, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Aida contra la empresa MOBILE SECURITY SOFTWARE S.L., sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de noviembre de 2007, el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Doña Aida , debo declarar y declaro ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia del despido por la empresa demandada Mobile Security Software S.L.; de tal improcedencia conforme a los hechos probados y fundamentos jurídicos de esta resolución y extinguida la relación laboral con efectos de la fecha del despido el 17 de Junio de 2007, al igual que la indemnización reconocida por la misma y percibida por la demandante, debiendo absolver y absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones de la parte actora contenidas en su demanda, al no ser procedente condena alguna a la empresa demandada al pago de cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, al no haberse devengado desde la fecha del despido".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- Que el actor ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, con antigüedad de 11 de Septiembre de 2006, como Jefe Superior Administrativo, con funciones de responsable de Marketing y salario de 2666,67 euros incluido el prorrateo de pagas extras. 2º.- Dicha relación laboral parte del contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito por las partes el 11 de Septiembre de 2006 estableciéndose una retribución fija de 26000 euros brutos anuales, así como 4000 euros por objetivos y 2000 por bonus. 3º.- La actora en la cena de navidad de 2006, fue premiada como la mejor trabajadora del año, con una estancia de fin de semana en un Hotel, abonada por la demandada. 4º.- Por Acuerdo de la Junta de Accionistas de la demandada, de 7 de Junio de 2007, entres los denominados los socios promotores, de una parte, de otra D. Ángel Jesús , de otra D. Demetrio , de otra Savia CO-Inversión SCR S.A. y de otra los 16 socios vinculados a Mossec, entre los que se encontraba la actora, se estipuló, dejar sin efecto el primer protocolo de Inversión, estableciendo las condiciones de participación e inversión que se realizaría en la sociedad. Que los promotores iniciales y SAVIA como partícipes mayoritarios, acordaron ampliar el capital social en 141443 euros, mediante la creación de un número igual de participaciones, que se asignarían a los socios promotores y a Anyware Applications S.L., en proporción a su participación en el capital social. Asimismo, se acordó la ampliación del capital en otros 230000 euros e igual número de participaciones sociales, que se distribuían entre SMLA 2005, Kelmatech Informática y Telecomunicaciones y D. Leovigildo . Se ampliaba igualmente, el capital social en 600416



euros, mediante la creación de igual número de participaciones, que se distribuían entre SAVIA, SMLA 2005, Kelmatech Informática y Telecomunicaciones. Transcurrido el plazo de suscripción por los preferentes, se ofrecerían las participaciones sociales no asumidas a los socios que no hubieran suscrito las mismas en el plazo indicado, que se restarán de las no asumidas y se ofrecerían entre otras personas a la actora en el porcentaje de 3,529184969. Tras dichas operaciones el capital social ascendería a 1801.849 euros. Que acto seguido, de aprobarse dicha ampliación se comprometían a realizar una nueva ampliación de 940792 participaciones, que se distribuirían 300000 a Anyware Apicatións S.L. y 640792 participaciones a SAVIA.

5º.- La empresa demandada comunicó dicha ampliación de capital a D. Adriano , el 14 de Junio de 2007, participándole que la propuesta de ampliación sería aprobada en la Junta de 5 de Julio, Junta en la que se decidirían las fechas definitivas para los desembolsos, que deberían estar efectuados antes del 16 de Agosto. No consta que de dicha ampliación se llegase a ofrecer a los trabajadores la posibilidad de adquirir participaciones.

6º.- Con fecha 23 de Julio de 2007, se confirmó por analítica , su embarazo de 5 semanas. La empresa a la fecha del despido desconocía la situación de embarazo de la actora, al igual que su compañera de trabajo Doña Enma , que lo conoció tiempo después.

7º.- El anterior Jefe de la actora, D. Florencio , que se incorporó el 15 de Enero de 2007, manifestaba que durante los meses de Enero a Marzo de 2007, la relación se fue deteriorando junto a la progresiva disminución del rendimiento de la trabajadora, imputándole poca capacidad de comunicación, bajo nivel de seguimiento de las tareas pendientes, insuficiente productividad e iniciativa y escasa voluntad de superación. Tras ello pasó a depender de D. Leovigildo (Director de estrategia y de Marketing). Tras superar el periodo de prueba, en la que no existió incidencias, la empresa se encontraba insatisfecha con los servicios de la actora, derivados, entre otros, de los errores en el mantenimiento de la Web, así como por la que estima deficiente presentación de documentos para la obtención de unas subvenciones. Circunstancias que suponían la corrección de parte de su trabajo en la elaboración de documentos y en Inglés, por el Sr. Leovigildo .

8º.- Que con efectos de 17 de Junio de 2007, mediante carta, fue despedida por la empresa demandada, por carta, en la que se decía que ya no eran necesarios sus servicios, y en la que se reconocía la improcedencia del despido, ofreciéndole una indemnización de 3664,24 euros. Carta que la actora se negó a firmar. En dicha carta se le comunicaba a la actora que a los efectos del artículo 56-2 del ET procedería a consignar la indemnización correspondiente, depositándola en el Juzgado de lo Social. Lo que así hizo conforme consta en los autos de consignación que constan en el encabezamiento de la presente, percibiendo la actora dicha cantidad.

9º.- Junto a la actora fueron despedidos, en iguales términos, el 15 de Octubre de 2007, D. Amador .

10º.- Intentado el preceptivo acto de conciliación previa ante el SMAC, éste resultó intentado sin avenencia, alegando la empresa desconocer la situación de embarazo de la actora y que las causas del despido eran ajenas a dicha hipotética situación.

11º.- El actor no ostenta cargo de representación de los trabajadores.

12º.- La actora solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del despido, por encontrarse la actora en situación de embarazo y para evitar que la actora pudiera concurrir a la ampliación de capital que dice haber sido ofrecida y aceptada por la misma, con las consecuencias legales a dicha situación, así como una indemnización complementaria de 36000 euros".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup> Aida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2008 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandante Doña Aida , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de MADRID en fecha 28-11-07 en autos 733/07 sobre despido, seguidos a instancia de la recurrente contra MOBILE SECURITY SOFTWARE S.L. y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Sin costas."

**CUARTO.-** Por el Letrado D. Álvaro Hinrichs Álvarez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Aida , mediante escrito de fecha 23 de junio de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 de mayo de 2006 .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de abril de 2009, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- En las presentes actuaciones consta declarado probado: a) que la trabajadora había prestado servicios para la empresa demandada desde el 11/Septiembre/07 y que con efectos de 17/Julio/07 fue despedida mediante carta en la que se reconocía la improcedencia del despido y se consignaba judicialmente el importe de la indemnización, que la actora hizo efectiva; b) que con fecha 23/Julio/07 «se confirmó por



analítica su embarazo de cinco semanas»; y c) que a la fecha del despido la empresa desconocía que la trabajadora se hallaba gestante.

2.- Tras presentarse demanda solicitando la declaración de nulidad del despido, la pretensión actora fue desestimada por el Juzgado de los Social nº 25 de los de Madrid en sentencia de 28/11/07 [autos 733/08]; y esta decisión confirmada por la STSJ Madrid 05/05/08 [rec. 1372/08], la que basándose en la STS 19/07/06 [rcud 387/05], dictada en Sala General, entendió que la declaración de nulidad contemplada en el art. 55.5.b) ET [redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 /Noviembre], exigía el presupuesto de que el empresario tuviese conocimiento del embarazo de la trabajadora a la fecha del despido.

3.- En el recurso de casación formulado la recurrente denuncia la infracción de los arts. 55.5 b) ET y 108.2 .b) LPL, a la par que señala como resolución contradictoria la STSJ Cataluña 15/05/06 [rec. 499/06]. Resolución ésta que contempla un supuesto de innegable identidad sustancial al de autos [despido de trabajadora que la propia carta reconoce improcedente y situación de embarazo previo no conocido por el empresario], pero que llega a la opuesta conclusión de que la decisión empresarial era nula, por considerar que la protección atribuida por la norma a la mujer embarazada actuaba objetivamente y no requería conocimiento de la gestación por parte del empleador. De esta forma se evidencia el cumplimiento de la exigencia de contradicción que impone el art. 217 LPL para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, puesto las partes dispositivas de la sentencia que se impugna y la que se invoca como referencial contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 19/02/09 -rcud 2748/07-; 24/02/09 -rcud 1365/08-; 24/02/09 -rcud 1995/08-; y 03/03/09 -rcud 4424/07 -).

4.- Como es fácil colegir, la cuestión que se suscita en el presente recurso es la relativa a la interpretación que haya de darse al art. 55.5.b) ET, en la cuestión relativa al posible carácter automático de la protección concedida -en caso de despido- a la mujer embarazada, y más concretamente la posible exigencia -para que el despido deba ser calificado nulo- de que el empresario tenga conocimiento de la gestación.

**SEGUNDO.-** 1.- La cuestión fue -efectivamente- resuelta por el Pleno de la Sala en la sentencia de 19/07/06 cuyos argumentos reproduce la decisión hoy recurrida, y su criterio fue reiterado en la posterior -también de Sala General- de 19/07/06 [-rcud 1452/05-], así como en las de 24/07/07 [-rcud 2520/06-], 29/02/08 [-rcud 657/07-] y 12/03/08 [-rcud 1695/07-]; algunas de ellas con voto particular discrepante.

2.- Pero este consolidado criterio fue modificado -en obligado acatamiento a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales- ante la doctrina sentada por la STC 92/2008 [21/Julio], habiéndose dictado por esta Sala en el nuevo sentido -hasta la fecha- las SSTS de 17/10/08 [-rcud 1957/07-], 16/01/09 [-rcud 1758/08-] y 13/04/09 [-rcud 2351/08 -], que reproducen los razonamientos empleados por el intérprete máximo de la Constitución. Reiteración argumental y de doctrina que justifica la parquedad expositiva de la presente sentencia, con resumen adecuado a la que se nos presenta como definitiva solución del debate y ya profusamente argumentada en los precedentes que se han referido.

**TERCERO.-** 1.- Antes de nada se impone reproducir literalmente la norma de cuya interpretación se trata, el art. 55.5.b) ET : «Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ... b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión ... Lo establecido ... será de aplicación, salvo que ... se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo».

2.- Efectuada tal transcripción procede exponer el núcleo de la doctrina -primeramente del Tribunal Constitucional y posteriormente de esta Sala IV-, que entendemos bien puede resumirse de la siguiente manera:

a).- 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 [art. 14 CE ], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE ; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE ].

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al



empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92 ] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre».

3.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de ser casada y anulada, con aplicación de las consecuencias previstas en los arts. 55.6 ET y 113 LPL.

**CUARTO.-** 1.- En todo caso es preciso señalar que aunque la sentencia recurrida mantiene formalmente que la fecha del despido fue la de 17/Junio/07, que es la expresada en la decisión de instancia, lo cierto es que pretendida revisión al efecto para que se hiciese constar la real fecha, de 17/Julio/07 [como la prueba acredita y la demandada admite] la Sala de Suplicación, aunque reconoce la existencia de error material en la expresión de la data, rechaza su rectificación por considerar que «no tiene trascendencia en el litigio»; dado que sí la tiene, por cuanto que la declaración de nulidad comporta el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, este Tribunal ha de aplicar doctrina expresiva de que cuando un motivo por error de hecho que ha quedado patentizado con prueba idónea invocada al efecto y apreciada así por la Sala, se rechaza en suplicación únicamente porque el Tribunal considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho se tengan en cuenta por el Tribunal Supremo si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega (SSTS ... 21/03/02 -rcud 2456/01-; 13/10/04 -rcud 6096/2003-; 28/02/06 -rcud 3622/04-; 28/06/06 -rcud 428/05-; y 24/07/08 -rcud 456/07 -).

2.- Tan sólo resta añadir que no procede la imposición de costas, por cuanto que la parte vencida en el recurso a que alude el art. 233.1 LPL es exclusivamente aquella que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiese sido rechazada; no, por tanto, la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito, el pronunciamiento impugnado (aparte de muchas anteriores, SSTS 21/01/02 -rcud 176/01-; 18/10/06 -rec. 396/05-; 14/02/07 -rcud 1514/05-; y 29/01/09 -rcud 1013/06 -).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Aida y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 05/Mayo/2008 [recurso de Suplicación nº 1372/08], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 20/11/07 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 25 de los de Madrid [autos 733/08 ], y resolviendo el debate en Suplicación acogemos el de tal clase formulado por la trabajadora, declaramos que el cese de la trabajadora en 17/Julio/2007 integra despido nulo y condenamos a la empresa «MOBILE SECURITY SOFTWARE, SL» a que la readmita inmediatamente en su puesto de trabajo y le satisfaga todos los salarios dejados de percibir desde aquella fecha, a razón de 87,67 euros/día.

Sin imposición de costas.



Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ