



Roj: **STSJ M 1732/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:1732**

Id Cendoj: **28079340012014100143**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2014**

Nº de Recurso: **1834/2013**

Nº de Resolución: **143/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 27, 20-03-2013,**
STSJ M 1732/2014

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0008576

Procedimiento Recurso de Suplicación 1834/2013

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid Despidos / Ceses en general 975/2012

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1834/13

Sentencia número: 143/14

G.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a catorce de febrero de dos mil catorce, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 número 1834/13 formalizado por el Sr. Letrado D. FERNANDO JOSÉ MONCAYOLA MARTÍN en nombre y representación de D^a Paulina contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 27 de MADRID, en sus autos número 975/12, seguidos a instancia de la recurrente frente a D. Teofilo, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, 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 demandante Paulina, con NIE NUM000 ha prestado servicios laborales por cuenta y órdenes de Teofilo, como empleada de hogar con antigüedad de 1-4-2012 y percibiendo un salario bruto anual de 8.979,60 euros con prorrateo de pagas extraordinarias en horario de lunes a viernes de 8 a 16 horas.

SEGUNDO.- La actora prestó de servicios en otro como empleada de hogar hasta el mes de marzo.

TERCERO.- Con fecha 6-7-2012 el empresario entregó a la actora carta, que recibió y suscribió por la que le notificaba la extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empleador con efectos de 13-7-2012, poniendo a su disposición la indemnización ascendente a 452,3 euros y liquidación del contrato, asimismo le abonó la parte proporcional de la paga extra de verano - Doc 8 y 9 actora y 5 del demandado.

CUARTO.- Se agotó la vía administrativa previa".

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

"Que desestimando la demanda interpuesta por Paulina contra Teofilo, debo absolver y absuelvo al demandado de las peticiones formuladas en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 28 de octubre de 2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 29 de enero de 2014 señalándose el día 12 de febrero de 2014 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Interpone recurso de suplicación la trabajadora, empleada del hogar, contra sentencia que desestimó la demanda rectora de instancia, tendente a la declaración del despido como nulo o improcedente, enderezando el motivo inicial a la revisión del relato fáctico, en concreto para adicionar un nuevo hecho del tenor literal que sigue:

"La actora acude al servicio de ginecología del Ambulatorio de San Blas el día 5 de julio de 2012 a las 15 horas 50 minutos, por estar embarazada. Doña Paulina tiene el parto de su hijo Victor Manuel el día NUM001 de 2013. "

Ciertamente, de los documentos en que soporta la revisión se advierte la certeza de que la trabajadora estaba embarazada el día 5 de julio de 2012, y que el día NUM001 de 2013 nació su hijo Victor Manuel .



Ahora bien, tales hechos no son trascendentes en la medida que no desvirtúan el dato esencial en el que se basa la convicción de la iudex a quo de que *"no consta que el empleador conociera su estado de gestación, ni este conocimiento puede entenderse que se cumplió por la aportación en el acto del juicio de una cita médica de consulta ginecológica del día anterior a la comunicación extintiva que no consta fuese entregado o dado a conocer al empleador, ni tampoco que el estado gestante fuese conocido por éste, ni por manifestación expresa, ni por signos visibles que lo revelaran"*.

Se trata de documentos, los invocados por la recurrente, que ya han sido tenidos en cuenta por la Juez de Instancia, cuyos razonamientos en este punto no son absurdos, caprichosos o ilógicos, por lo que si el empleador del hogar no conocía el estado de embarazo de la trabajadora, no nos encontramos ante un indicio serio y concluyente de que el desistimiento obrado para extinguir el contrato de trabajo, por mor del artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, encubra una decisión discriminatoria, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

En corolario, el primer motivo claudica, al no evidenciarse el yerro incontestable de la Juez de instancia con relevancia para alterar el signo del fallo.

SEGUNDO .- Los siguientes siete motivos, farragosamente instrumentados, -del motivo sexto pasa, dando un salto en el vacío, al décimo- y que al estar íntimamente relacionados analizaremos de manera conjunta pues responden a una misma línea argumental, denuncian infracción del artículo 56 ET, 10 y 11.3 del Real Decreto 1620/2001, 55.5, 24.1 CE y 120.3 CE, 97.2 LJS, 248.3 LOPJ, 217 y 218 y 359 LEC, todos ellos en relación con la jurisprudencia asociada que cita, haciendo valer, en síntesis de su alegato, el despido se ha producido por el embarazo de la actora, ejercitándose por el demandado un abuso de derecho que se trata de enmascarar con el desistimiento, lo que ha de conllevar a la calificación de nulidad del despido, al discriminarse a la actora, puesto que después de una relación laboral desde el mes de abril, sin sanción alguna ni advertencia, no es lógico ni racional el desistimiento, siendo la carga de la prueba de que no se conocía el embarazo de la parte demandada. En suma, afirma, todo despido de trabajadora embarazada que no sea procedente, ha de calificarse de nulo, conociere o no el empresario el embarazo. Por último, estima que las cantidades abonadas en concepto de finiquito así como la indemnización puesta a su disposición son incorrectas atendiendo al desglose que adjunta.

TERCERO.- La parte demandante introduce como cuestión nueva en suplicación no estar de acuerdo con las cantidades puestas a su disposición en concepto de indemnización y de finiquito, finiquito que firmó sin poner reserva alguna la trabajadora, introduciendo una variación sustancial respecto a los términos acotados en demanda, en la que nada apuntaba sobre este particular, demanda que fue ratificada en juicio. Esto es suficiente para desestimar el alegato desplegado por la recurrente en el motivo sexto, al no debatirlo en la instancia en congruencia con la demanda, dando ocasión a la iudex a quo a pronunciarse. En efecto, hemos de recordar que, como consecuencia del carácter extraordinario del recurso de suplicación y su función revisora no se permite dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues, en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que, si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, siendo tal concepto de diseño jurisprudencial y se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte, no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa. En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia.

CUARTO.- Con relación a la tutela frente a actos de discriminación, el Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales



correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en el artículo 96.1 LRJS, ya que la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de dicho Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha o sombra de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Dispone el artículo 96.1 LJS, en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

El precepto guarda íntima conexión con el artículo 181.2 LRJS, dentro de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, conforme al cual: *"En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*.

La inversión de la carga de la prueba se establece a partir de la STCO 38/1981 y se construye en torno a la libertad sindical. Como afirma la STCO 34/1984 la presunción del carácter discriminatorio opera sólo cuando nos movemos en el ámbito de actuación del principio de igualdad. Al trabajador corresponde probar que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que la consagrara ha sido vulnerado, y en tal supuesto -porque existe, por ejemplo, una diferencia vinculada al sexo, afiliación sindical, etc.- es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente. En los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva (STCO 21/1992, f. j. 3º, con cita de las SSTCO 38/1981, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 197/1990). Esta doctrina responde no solamente a la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino a la dificultad que el trabajador encuentra a la hora de probar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales.

La finalidad de la prueba indiciaria es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STCO 38/1986), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, es preciso algo más, permitiendo deducir que aquélla se ha producido (SSTCO 114/89, 21/92, 266/93, 180/94 y 85/95).

El doble elemento de la prueba indiciaria se articula en dos planos:

- a) El primero es la existencia de un fondo o panorama discriminatorio a partir de un indicio razonable.
- b) El segundo es la traslación de la carga de la prueba, recayendo sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación es absolutamente extraña a la vulneración de un derecho fundamental.



En fin, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

QUINTO.- Partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, la STCO 182/2005, de 4 julio 2005, rememorando su doctrina precedente, nos recuerda estimó diversos recursos de amparo, incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba o la no renovación de un contrato temporal (STCO 173/1994, de 7 de junio), aseverando igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales como el despido, pues la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo. (STC 136/1996, de 23 de julio).

De ello se deduce, en relación con la prohibición de discriminación por maternidad, la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, pues es obligado evitar las consecuencias físicas y psíquicas que las medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora, resultando un imperativo constitucional, al mismo tiempo, afianzar los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora. (STCO 17/2003, de 30 de enero). Y, aunque ciertamente, el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Son así plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio) así como las disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban adoptarse transitoriamente en un Estado de Derecho con el propósito de remover los obstáculos que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo (art. 9.2 CE).

SEXTO.- Una de las discriminaciones directas por razón de sexo es la pérdida del puesto de trabajo cuando el empresario conoce que la trabajadora va a ser madre. La interpretación que haya de darse al artículo 55.5 del ET en el apartado b) con relación al 108.2 b) LRJS, que considera nulo el despido «de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad», salvo que se declare su procedencia por causas completamente ajenas al embarazo, ha suscitado un rico y controvertido debate, tanto doctrinal como judicial. Señalar en este orden de ideas que la Directiva 92/85 adoptó medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia; el artículo 10 de Directiva promueve la protección frente al despido de las trabajadoras « durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales ». Disponiendo su artículo 2 que, por mujer embarazada, ha de entenderse «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales».

El auténtico nudo gordiano del despido de la mujer trabajadora embarazada ha consistido en decidir si, para poder declararlo nulo, es suficiente con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida estando embarazada o, además, es necesario el hecho del conocimiento de la gestación por parte del empresario.

Para la tesis de la nulidad objetiva o automática el legislador, al regular la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas, ha establecido que resulte indiferente el conocimiento o no por el empresario de la situación de embarazo, e incluso que lo sepa la propia trabajadora en el momento del despido. Se considera irrelevante el móvil del empresario, que puede obedecer o no a causas discriminatorias, por cuanto estamos ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho mismo del embarazo, y no subjetiva, no teniéndose en cuenta los motivos que han conformado la decisión de despedir. De este modo se pretende proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la propia de la tutela antidiscriminatoria, dispensándolas de la obligación de acreditar los indicios de discriminación. La calificación de nulidad del despido en estos casos únicamente cedería ante la prueba plena por el empresario de la existencia de una causa disciplinaria u objetiva que justifique su decisión extintiva, una vez acreditado por la trabajadora que estaba embarazada en el momento del despido.



Por el contrario, para la tesis de la nulidad causal, a que se acogen otros pronunciamientos judiciales, el despido de una trabajadora embarazada, cuando el empresario desconoce el estado de gestación de la trabajadora, no puede ser considerado nulo; a lo más que se podría llegar sería calificado como improcedente si el despido carece de justificación legal. Para esta concepción se parte de considerar el despido por embarazo de la trabajadora como un despido discriminatorio por razón de sexo. Vincula la calificación de nulidad del despido a la existencia de un móvil discriminatorio, por lo que viene a ser decisivo el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo. Sin este conocimiento carece de fundamento presumir el trato discriminatorio en relación con el despido.

El criterio a que se acogió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada fue, hasta fechas recientes, el de la nulidad causal. Así, en su Sentencia de Sala General de 19 julio 2006 (rec. 1452/2005), reiterado por la de 24 julio 2007 (rec. 2520/2006), exigía la trabajadora acreditarse el empresario tuviera conocimiento del hecho de su embarazo, puesto que ello juega como indicio de la discriminación que alega, y que, en definitiva, es lo que pretende proteger el Estatuto de los Trabajadores en estos supuestos, no exigiendo que se comunicara el embarazo pero sí que se probase su conocimiento por parte del empleador. Mas esta tesis defendida por el Alto Tribunal ha hecho crisis, experimentado un giro radical, en sus recientes sentencias [entre otras, de 17 octubre 2008 (rec. 1957/2008), 16 enero 2009 (rec. 1758/2008), 17 marzo 2009 (rec. 2.251/2008), 30 abril 2009 (rec. 2428/2008) y 6 mayo 2009, (rec. 2063/2008)] en las que se abraza la tesis de la nulidad objetiva. En la variación de la doctrina de unificación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido una decisiva influencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio, en la que el máximo intérprete de la Carta Magna deja bien claro que la protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 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. 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, prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona (art. 18 CE) y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno, pues en nuestro ordenamiento jurídico interno no existe ninguna norma que obligue categóricamente a la trabajadora a comunicar formalmente al empresario su estado de embarazo. Aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. 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 que parte así de un canon distinto a la discriminación frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE 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 Exposición de Motivos haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo evidente 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.

En el fondo, lo que late en este cambio de postura propiciado por la STCO 92/2008, es la evidencia de una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante -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, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativamente en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad.

La mujer, en fin, viene siendo objeto de una doble discriminación, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas y cuidado de los hijos, y ello supone un factor de competencia desigual inadmisibles con los hombres en el acceso y promoción dentro del mercado de trabajo.

Por ello es necesario erradicar esta lastimosa realidad mediante instrumentos de intervención pública. La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer



trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 92/2008, conozca o no el empresario su situación de embarazo, es digna de elogio, por cuanto toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Significar, ello no obstante, que fueron los Tribunales Superiores de Justicia los que se anticiparon tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal Constitucional en este nuevo enfoque de calificar como nulo el despido de la mujer trabajadora embarazada, -salvo que se declarase su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo mismo-, y así merece destacarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 Mayo 2008, en el recurso de suplicación 1049/2008, analizando exhaustivamente el Derecho Comunitario de aplicación y la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, terminando por afirmar nuestro Derecho interno -en concreto la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo- supera las previsiones de las Directivas Comunitarias. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente se ha de calificar como nulo, conociere o no el empresario ese embarazo.

En corolario, el Tribunal Constitucional ha optado por blindar el contrato de trabajo de la mujer embarazada, considerando suficiente la acreditación del hecho objetivo del embarazo para que se surta efectos el sistema reforzado de garantías previsto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, que presume *iuris et de iure* la nulidad del despido, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que no concurra un móvil discriminatorio, a menos que el despido sea declarado procedente.

SEPTIMO.- Dicho lo anterior, debemos plantearnos seguidamente para centrar bien el debate, y aquí está el auténtico nudo gordiano del recurso sometido a nuestra consideración, si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual por desistimiento a que hace méritos el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, cuando el empleador, en el momento de obrar el desistimiento, desconoce que la trabajadora está embarazada porque ni ella se lo ha comunicado, ni hay signos visibles de su estado de gestación. En otras palabras, si en tal caso existe, sin más, una discriminación por razón de sexo.

Dispone el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que:

"1. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá conforme a lo previsto en el presente Real Decreto y en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, excepto por las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que no resultan compatibles con la naturaleza de la misma.

2. El despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades.

Los supuestos de incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirán el mismo efecto descrito en el párrafo anterior para los casos de despido improcedente.

3. 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.

Durante el período de preaviso el empleado que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

El empleador podrá sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período, que se abonarán íntegramente en metálico".

OCTAVO.- De alguna manera, y salvando las distancias, el caso debatido guarda relación con la STS de 18 de abril de 2011, recurso 2893/2010, precisamente confirmando la sentencia de esta Sección de Sala dictada en 11 de junio de 2010, resolviendo el recurso de suplicación nº 1357/2010, relativo a si la ampliación de



supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba.

Tanto el Tribunal Supremo cuanto el Constitucional (este último en su reciente sentencia nº 173/2013, de 10 Oct. 2013, rec. 3773/2011) han abordado -y resuelto con Votos Particulares- la cuestión atinente a la protección de la trabajadora embarazada durante el período de prueba. Ambos han concluido que la extinción del contrato de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial no goza de la protección de nulidad cualificada ex art. 55.5 b) del ET , sino propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese, lo que exige que la empresa hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de extinguir el contrato. Se distancia así nuestro TS y el máximo intérprete constitucional de quienes postulan la protección constitucional y su desarrollo legal en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en el caso de despido que en el de extinción contractual durante el periodo de prueba por alegada no superación del mismo, por lo que, aunque no conste el conocimiento de la situación o estado de embarazo o de gestación por parte de la empresa, es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, y que, por consiguiente, para declarar la procedencia del desistimiento o del cese acordado es exigible que el empresario acredite que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.

Pero dicho queda que de la Constitución no deriva una exigencia de tutela objetiva y automática para la trabajadora embarazada, por lo que opera el clásico juego de la aportación de indicios suficientes y la inversión de la carga probatoria.

NOVENO.- La jurisprudencia antes señalada, tanto constitucional como en unificación de doctrina, creemos que es aplicable, mutatis mutandis, al supuesto presente. No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas. Resulta que en el caso enjuiciado el empleador del hogar no conocía en el momento de comunicar su decisión extintiva a la trabajadora por desistimiento que estaba embarazada, y de ello nos da cuenta el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida en términos categóricos: "*no consta que el empleador conociera su estado de gestación, ni este conocimiento puede entenderse que se cumplió por la aportación en el acto del juicio de una cita médica de consulta ginecológica del día anterior a la comunicación extintiva que no consta fuese entregado o dado a conocer al empleador, ni tampoco que el estado gestante fuese conocido por éste, ni por manifestación expresa, ni por signos visibles que lo revelaran*".

Es decir, que para la convicción alcanzada por la iudex a quo, después de valorar con objetividad, inmediatez, publicidad y las debidas garantías de imparcialidad la completa prueba practicada en el juicio, no hay constancia alguna de que el empleador conociera directa o indirectamente el embarazo de su empleada, y el desistimiento obrado es absolutamente ajeno a la discriminación por razón de sexo, no guardando, por lo demás, relación el caso presente con nuestra sentencia de 24 noviembre de 2008 , en que la empleada de hogar fue despedida conociendo el empleador, al tomar esa decisión, su embarazo.

Es verdad que el día anterior al desistimiento, el 5-7-2012, la actora pasó consulta en ginecología, pero ello, dado el contundente fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia -antes parcialmente reproducido- no es un indicio con fuerza suficiente para invertir la carga probatoria, y de poder colegirse que sí lo es ha quedado debidamente neutralizado con la prueba testifical practicada, la cual deja bien claro -soporte audiovisual unido a las actuaciones- esa ausencia de conocimiento del matrimonio titular del hogar familiar, lo que conduce a desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

Sin costas, dada la condición de la recurrente.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Paulina contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 27 de MADRID , en sus autos número 975/12, seguidos a instancia de la recurrente frente a D. Teofilo , en reclamación por DESPIDO. En su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, sin hacer expreso pronunciamiento en 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid,

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.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.