



Roj: **STS 61/2022 - ECLI:ES:TS:2022:61**

Id Cendoj: **28079140012022100004**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2022**

Nº de Recurso: **2099/2019**

Nº de Resolución: **1/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1950/2018,**  
**STS 61/2022,**  
**AATS 1924/2022**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2099/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 1/2022**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 11 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Rebeca , representada y asistida por la letrada D<sup>a</sup> Elena Espinosa Castelao, contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 1028/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 1 de febrero de 2018, dictada en autos 762/2017 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, seguidos a instancia de Doña Serafina , contra Rebeca , sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Doña Serafina , representada y asistida por el letrado D. Oscar Vellisca Sáez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 1 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada por D<sup>a</sup> Serafina , frente a Rebeca , y declarar IMPROCEDENTE el desistimiento realizado por el empleador el 4.8.17.

CONDENAR a Rebeca , a indemnizar a la trabajadora en la cantidad de 2.889,78 euros, debiendo descontarse los 1.216 euros ya recibidos".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Serafina , mayor de edad, trabajaba con la categoría profesional de empleada de hogar para Rebeca desde el 10.03.14, en virtud de contrato con una jornada semanal de 40 horas, sin horas de presencia, realizando pernocta en el domicilio y con un salario neto mensual de 900 euros que se abonaba por transferencia, cotizando la empleadora por 165,48 euros al mes. Se había pactado el abono de dos medios pagos extraordinarios.

SEGUNDO.- Las partes establecieron un régimen de 40 horas semanales de lunes a viernes, estando asistida la empleadora por otra trabajadora los fines de semana y festivos, momentos en los que dicha trabajadora se personaba en el domicilio entre las 8.30 y las 9.00 horas del sábado y lo abandonaba entre las 20.30 y las 21 horas del domingo.

La empleadora tiene 91 años presentando un deterioro cognitivo grave, siendo absolutamente dependiente, con estenosis de canal medular, requiriendo de silla de ruedas y con un régimen cotidiano de asistencia, siendo acostada a una hora temprana, aproximadamente 20.30-21 horas, por razón de su edad y su enfermedad.

TERCERO.- El 30.6.17 la trabajadora inicia IT inicialmente por enfermedad común y posteriormente, asesorada por los asistentes de la empleadora, por accidente de trabajo, al haber sufrido una caída en horas de trabajo presentando lesión en una de sus muñecas.

El 21.7.17 a la trabajadora se le comunica por SMS: Por el presente le comunico que con fecha 4.8.17 queda resuelta la relación laboral que mantiene con Doña Rebeca . Se le comunicará cuando y donde pasar a firmar el finiquito.

El 28.7.17 se comunican por SMS con la trabajadora para que pase a recoger sus pertenencias, momento en el que manifiesta que está embarazada.

El 4.8.17 se le hace entrega del documento de cese por desistimiento del empleador con efectos de 4.8.17, carta de desistimiento que la misma firma no conforme. Se le abona el finiquito por importe de 2.316 euros con inclusión de la indemnización por desistimiento de 1.216 euros.

CUARTO.- La demandante no ha perdido la prestación de maternidad que se reclama como daño o perjuicio, porque finalmente no dio a luz.

QUINTO.- Intentado acto de conciliación el mismo finalizó sin avenencia entre las partes".

Con fecha 14 y 23 de febrero de 2018, se dictaron autos de aclaración por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, cuya parte dispositiva, idéntica en ambos autos, es del siguiente tenor literal:

"PARTE DISPOSITIVA: 1.- SE ACUERDA rectificar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 01/02/2018 en el sentido que se indica.

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en su Fallo de la siguiente forma:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Serafina , frente a Rebeca y declarar IMPROCEDENTE el desistimiento realizado por el empleador el 4.8.17.

CONDENAR a Rebeca , a indemnizar a la trabajadora en la cantidad de 2.889,78 euros, debiendo descontarse los 1.216 euros ya recibidos."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao de 1-2-2018, y sus autos de aclaración de 14 y 23 de febrero de 2018, y con revocación de la misma se declara nulo el despido acontecido el 4-8-2017, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a que indemnice a la actora con la suma de 5.464,69 euros, a los que se les descontará la indemnización percibida, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 1-2-2018, sin perjuicio de los descuentos que procedan por la situación de Incapacidad Temporal o la percepción de salarios por realizar otro trabajo, debiéndosele indemnizar además a la trabajadora con el importe de 2.188 euros, sin costas".



**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Doña Rebeca, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de octubre de 2016, rec. 517/16.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el presente recurso, se dió traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

**SEXTO.-** Por Providencia de fecha 27 de octubre de 2021 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 21 de diciembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Cuestión planteada y la sentencia recurrida

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es, en esencia, la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo de la empleada al servicio del hogar familiar -parte recurrida en el recurso- que se encontraba embarazada en el momento de la extinción, sin que la empleadora conociera esa situación de embarazo.

2. La trabajadora prestaba servicios para la demandada como empleada de hogar desde el 10 de marzo de 2014. El 30 de junio de 2017 inició un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo al haberse caído en horas de trabajo.

El 21 de julio de 2017 la empleadora le comunicó por sms que el 4 de agosto de 2017 quedaría resuelta la relación laboral y que ya se le comunicaría día y hora para recoger sus pertenencias. El 28 de julio de 2017 las partes se comunican por sms a tal efecto, momento en que la trabajadora manifiesta que está embarazada. El 4 de agosto de 2017 se le entregó el documento de desistimiento empresarial, que la destinataria firmó no conforme, así como el finiquito que incluía la indemnización por desistimiento. La trabajadora finalmente no dio a luz.

3. La empleada demandó por despido, siendo parcialmente estimada su demanda por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, de 1 de febrero de 2018, aclarada por los autos de 14 y 23 de febrero de 2018 (autos 762/2017).

La sentencia declaró improcedente el desistimiento y rechazó que se hubiera producido un despido nulo.

4. La empleada interpuso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, siendo estimado el recurso por la sentencia de Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018 (rec. 1028/2018).

La sentencia declara la nulidad del despido efectuado el 4 de agosto de 2017 y condena a la empleadora a: abonar una indemnización de 5.464,69 euros, de los que se descontará la indemnización ya percibida; abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 1 de febrero de 2018 (fecha de la sentencia del juzgado de lo social), sin perjuicio de los descuentos que procedan por la situación de incapacidad temporal o la percepción de salarios por realizar otro trabajo; y a abonar una indemnización adicional de 2.188 euros.

### SEGUNDO. El recurso de casación para la unificación de doctrina, su impugnación, el informe del Ministerio Fiscal y la existencia de contradicción

1. La sentencia de Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018 (rec. 1028/2018) ha sido recurrida por la empleadora en casación para la unificación de doctrina.

El recurso invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de octubre de 2018 (rec. 517/2016) y denuncia la infracción de los artículos 11.3 y 11.4 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, en relación con la doctrina de las sentencias de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS) 5 de junio de 2002, 27 de junio de 2008 y 18 de abril de 2011, en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) 17/2007, de 17 de febrero, 92/2008 y 124/2009, que interpretan y aplican el artículo 55.5 b) ET.

El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia del juzgado de lo social.



2. El recurso ha sido impugnado por la trabajadora, solicitando su desestimación y la declaración de firmeza de la sentencia recurrida.
3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso, entendiendo que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida.
4. Como se ha avanzado, la sentencia que se invoca de contraste en el presente recurso es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de octubre de 2018 (rec. 517/2016).

En el supuesto de esta sentencia referencial, la trabajadora, empleada de hogar, prestaba sus servicios a su empleadora desde el 5 de mayo de 2014. El 18 de febrero de 2015, tras reincorporarse a su actividad por haber estado de baja por gripe, su empleadora desistió del contrato. Ese mismo día la trabajadora por medio de un wasap escribió a la empleadora disculpándose por los incidentes que habían dado a la extinción del contrato y afirmando que era una "mujer embarazada", constando que se sometió al primer control de gestación el 24 de febrero siguiente y que su embarazo no se lo había comunicado a la empleadora ni a su compañera de trabajo.

La sentencia de instancia consideró que se trataba de un despido improcedente por los defectos formales en el desistimiento, indemnizable conforme al artículo 11. 2 del Real Decreto 1620/2011, al tiempo que rechazó la declaración de nulidad. La sentencia de contraste confirmó ese pronunciamiento considerando que la nulidad objetiva del despido de una embarazada no puede trasponerse al desistimiento de la relación laboral especial cuando este sea ilegal y no conste que en la decisión empresarial influyese el embarazo, en términos similares a los establecidos por el TC y por esta Sala Cuarta cuando se trata de una trabajadora embarazada en periodo de prueba ( STC 173/2013 y STS 18 de abril de 2011, rcud 2893/2010). La sentencia confirma la improcedencia del despido declarada en la instancia.

En coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, apreciamos la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste.

En efecto, existe contradicción en el extremo de la calificación de nulidad del despido. Para la sentencia recurrida esa calificación se justifica por "la situación de embarazo de la trabajadora", mientras que la sentencia de contraste sostiene que la nulidad objetiva del despido de una trabajadora embarazada (sea o no conocido ese hecho por la empleadora) no puede trasponerse al desistimiento de una relación laboral especial de empleados de hogar cuando este sea ilegal y no conste la influencia del embarazo en la decisión empresarial, al igual que entiende el TC para el cese de la trabajadora embarazada en periodo de prueba.

### **TERCERO. Los términos del debate y la inexistencia de desistimiento**

1. La sentencia del TSJ del País Vasco recurrida en casación para la unificación de doctrina niega, en primer lugar, que la extinción del contrato de trabajo de la empleada de hogar fuera un desistimiento del artículo 11.3 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 (RD 1620/2011), porque la empleadora no hizo constar expresamente que se trataba de un desistimiento y tampoco puso la indemnización a disposición de la trabajadora de forma inmediata y en metálico, lo que, de conformidad con el artículo 11.4 RD 1620/2011, supone que la extinción del contrato de trabajo ha de calificarse de despido y no de desistimiento.

En segundo lugar, la sentencia del TSJ del País Vasco califica el despido de nulo por dos razones: 1º) porque el artículo 11 RD 1620/2011 no especifica nada sobre el despido nulo; y 2ª) porque el embarazo de la trabajadora determina que se apliquen los criterios del artículo 55 ET, siendo indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador.

En tercer lugar, respecto de las consecuencias de la calificación de nulidad, la sentencia del TSJ del País Vasco declara: 1º) que no procede la readmisión por la especialidad de la relación laboral; 2º) que la fórmula indemnizatoria no puede ser la del RD 1620/2011, sino la del despido del ET ordinario; y 3º) que se devengan salarios de tramitación hasta la sentencia de instancia (de fecha 1 de febrero de 2018).

Finalmente, la sentencia del TSJ del País Vasco recurrida considera procedente reconocer una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la vulneración de un derecho fundamental, que calcula, según los parámetros establecidos legalmente para las faltas muy graves en su grado medio en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en 2.188 euros.

La trabajadora no ha recurrido la sentencia del TSJ del País Vasco, lo que, en el supuesto de que confirmemos la calificación de nulidad del despido realizada por esta sentencia, nos impide examinar las dos cuestiones siguientes. En primer lugar, la inexistencia de readmisión, declarada por esta sentencia y con la que la impugnación del recurso de la trabajadora muestra expresamente su conformidad. Y, en segundo lugar, el devengo de los salarios de tramitación, que la sentencia del TSJ del País Vasco recurrida entiende que se producen desde la fecha del despido hasta la sentencia de instancia (de fecha 1 de febrero de 2018) y, sin



embargo, la STS 77/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 2401/2017), en un supuesto también de despido de trabajadora embarazada que en la instancia se había declarado improcedente y en suplicación nulo, declara que se deben salarios tramitación hasta el día que se notificó la sentencia de suplicación que declaró la nulidad de la extinción, por ser la primera sentencia que hizo esa calificación de la extinción.

2. Como se ha anticipado, el recurso denuncia la infracción de los artículos 11.3 y 11.4 RD 1620/2011.

El artículo 11.3 RD 1620/2011 prevé que el contrato de trabajo de la persona empleada de hogar puede extinguirse por desistimiento del empleador. En lo que importa a los efectos del presente recurso, el precepto establece para ello dos requisitos: 1º) la comunicación por escrito a la persona empleada de hogar en el que ha de constar "de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación por esta causa" de desistimiento; y 2º) "simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización, que se abonará íntegramente en metálico."

Por su parte, el artículo 11.4 RD 1620/2011 presume que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento, cuando, en la comunicación de cese que realice, "haya incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del apartado anterior (el artículo 11.3 RD 1620/2011), o bien no se ponga a disposición del trabajador la indemnización establecida en el párrafo tercero de dicho apartado, con carácter simultáneo a la comunicación."

3. La sentencia recurrida entiende, precisamente, que no se han cumplido los dos requisitos mencionados que prescribe el artículo 11.3 RD 1620/2011, por lo que, de conformidad con el artículo 11.4 RD 1620/2011, no se ha producido un desistimiento, sino un despido.

Y así ha sido, en efecto. Sin entrar a valorar su realización por sms, la sentencia recurrida constata que la comunicación del 21 de julio de 2017 no se atuvo a la forma exigida por el artículo 11.3 RD 1620/2011, sin que tampoco se pusiera simultáneamente en ese momento a disposición de la trabajadora la correspondiente indemnización en metálico.

El recurso se limita a mencionar sobre extremo la STS 5 de mayo de 2002 (rcud 2506/2001). Pero, además de que esta sentencia es anterior al vigente RD 1620/2011, que introdujo mayores exigencias formales, lo cierto es que ya la propia sentencia 5 de mayo de 2002 exigía claridad empresarial en la comunicación. Lo mismo hace la STS 27 de junio de 2008 (rcud 2235/2007), que el recurso se limita a citar, pero sin realizar ulterior desarrollo argumental alguno.

4. En todo caso, si la extinción del contrato de trabajo estuviera relacionada con el embarazo, no sería tan determinante que se hubiera formalizado como un desistimiento o como un despido, puesto que si, si existiera aquella relación y sin realizar ahora mayores precisiones, la extinción sería nula en los dos supuestos.

La posible relación de la extinción del contrato de trabajo con el embarazo de la trabajadora es lo que, precisamente, constituye la esencia del presente recurso y lo que se va a examinar en el siguiente fundamento de derecho.

#### **CUARTO. La extinción del contrato de trabajo de una empleada al servicio del hogar familiar que está embarazada es nula, aunque la empleadora desconozca la situación de embarazo**

1. Según se ha visto, la sentencia del TSJ del País Vasco califica el despido de nulo por dos razones. En primer lugar, porque el artículo 11 RD 1620/2011 no especifica nada sobre el despido nulo, lo que conduce a la aplicación supletoria del ET. Y, en segundo término, porque el embarazo de la trabajadora determina que se apliquen los criterios del artículo 55.5 ET, siendo indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador.

El recurso combate esta última apreciación y sostiene que la protección reforzada del despido ex artículo 55.5 b) ET no se puede aplicar al presente supuesto, en el que la empleadora desconocía en el momento de la extinción del contrato de trabajo la existencia del embarazo. El recurso se ampara para ello en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala Cuarta sentada sobre la resolución del contrato de trabajo a iniciativa de la empresa durante el periodo de prueba ( artículo 14.2 ET).

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional y de esta Sala Cuarta que cita el recurso, aunque ya había precisado que la libre y no causal extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba no puede ser discriminatoria ni lesionar los derechos fundamentales (por todas, STC 17/2007, de 12 de febrero, y las allí citadas), había rechazado que a la extinción del artículo 14.2 ET le fuera aplicable la nulidad objetiva prevista en los artículos 53.4 b) y 55.5 b) ET, afirmando que la protección a dispensar a una trabajadora durante el periodo de prueba es la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y no la nulidad objetiva, nulidad esta última que no exige la aportación de indicios discriminatorios y prescinde del hecho de que el empleador conozca o no el embarazo de la empleada en el momento de la extinción del contrato.





Basta con mencionar, en este sentido, la STS 18 de abril de 2011 (dictada por la entonces denominada Sala General en el rcud núm. 2393/2010, con voto particular), y la sentencia del Pleno del TC 173/2013, de 10 de octubre (dictada por el Pleno, asimismo con votos particulares), que desestimó el recurso de amparo interpuesto contra aquella STS afirmando lo siguiente:

"la respuesta dada a la cuestión planteada en el presente caso por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que puso fin a la vía judicial resulta plenamente respetuosa con la doctrina constitucional en la materia y específicamente con las propias SSTC 92/2008 y 124/2009 en las que la demandante apoya su queja; y, en segundo lugar, que las Sentencias impugnadas han efectuado en el presente caso una interpretación del derecho a la no discriminación por razón de sexo, atendidas las circunstancias concurrentes, que resulta plenamente acorde con las exigencias de nuestra doctrina al respecto sobre la verificación de la aportación de indicios de discriminación suficientes y, en su caso, la refutación de tal panorama indiciario por la empresa."

Se había dado legal y jurisprudencialmente el paso de rechazar que, en los supuestos de despido, fuera necesario que el empresario conociera la situación de embarazo ( SSTC 92/2008 y 142/2009, citadas por la STS 18 de abril de 2011 -rcud 2393/2010- y por la STC 173/2013, de 10 de octubre, y STS 942/2017, 28 de noviembre de 2017, y las numerosas SSTC por ella citadas), sin que hiciera falta que existieran indicios de discriminación, al tratarse de una nulidad objetiva, contemplada en los artículos 53.4 b) y 55.5 b) ET, distinta de la nulidad por causa de discriminación (por todas, STS 31 de octubre de 2013, rcud 3279/2012).

Lo que sucede es que la nulidad objetiva del despido por embarazo, introducida en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (ET de 1995) por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (con desarrollos posteriores sobre los que no son necesarias aquí mayores precisiones), no se llevó ni extendió a la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba del artículo 14.2 ET de 1995, ni siquiera tras la Ley Orgánica 2/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y es la no extensión de la nulidad objetiva por embarazo del artículo 55.5 b) ET al artículo 14.2 ET de 1995, lo que explica la interpretación realizada por la STS 18 de abril de 2011 (rcud núm. 2393/2010) y por la STC 173/2013, de 10 de octubre.

Ocurre que ello ya no es así. En efecto, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (RDL 6/2019), ha procedido a introducir en el artículo 14.2 del texto refundido vigente del ET (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 21 de octubre) la nulidad objetiva de la extinción por embarazo que hasta entonces se ceñía a los supuestos de despido objetivo y disciplinario de los artículos 53.4 b) y 55.5 b) ET.

En efecto, tras el RDL Ley 6/2019, el artículo 14 ET sobre periodo de prueba, tiene, en el párrafo segundo de su apartado 2, el siguiente tenor literal:

"La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad."

En consecuencia, después del RDL 6/2019 ya no es posible afirmar que el legislador ha optado por no extender la protección objetiva por embarazo a la resolución del contrato durante el periodo de prueba, porque en la actualidad esa protección objetiva no se circunscribe ya únicamente a los supuestos de despido objetivo y disciplinario, sino que se proyecta también, de forma expresa, sobre dicho periodo de prueba.

Lógica derivación de lo anterior es que, una vez que la protección objetiva del embarazo se ha extendido al periodo de prueba, la comparación del anterior tratamiento legal de la resolución del contrato durante ese periodo de prueba tampoco se puede utilizar ya para negar que la protección objetiva del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la jurisprudencia constitucional y de esta Sala Cuarta se había pronunciado sobre la resolución del contrato de trabajadora embarazada durante el periodo de prueba ( artículo 14.2 ET), pero no sobre la extinción del contrato de empleada de hogar familiar embarazada ( artículo 11 RD 1620/2011). Y si es claro que la aplicación del artículo 14.2 ET excluye la del artículo 55.5 b) ET, la aplicación del artículo 11 RD 1620/2011 no excluye la del citado artículo 55.5 b) ET.

En la ya citada STS 77/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 2401/2017), no se combatía la declaración de nulidad del despido de la empleada de hogar embarazada realizada por la sala de suplicación, sino únicamente hasta qué fecha debían llegar los salarios de tramitación.

2. Ciertamente, el RDL 6/2019 no había entrado en vigor cuando se extinguió el contrato de la empleada de hogar en el supuesto que estamos examinando.



Pero, como hemos analizado en el anterior fundamento de derecho, en el presente caso la empleadora incumplió los requisitos establecidos por el artículo 11.3 ET, toda vez que en la comunicación de 21 de julio de 2017 no constaba "de modo claro e inequívoco" la voluntad empresarial de dar finalizada la relación laboral por desistimiento, ni tampoco se puso a disposición de la trabajadora la indemnización en metálico. Y, como igualmente, hemos examinado en el anterior fundamento de derecho, de conformidad con el artículo 11.4 RD 1620/2011, ese incumplimiento tiene como consecuencia que legalmente se asume que se está ante un despido y no ante un desistimiento empresarial.

Y sucede que a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se le aplican supletoriamente, de conformidad con los artículos 3 b) y 11.1 RD 1620/2011, las normas de despido del ET. El artículo 11.1 RD 1620/2011 menciona expresamente al artículo 49 ET, sin excluir su letra k), sobre "despido del trabajador."

Y, en los preceptos de despido del trabajador, el artículo 55.5 b) ET (en los mismos términos el artículo 53.4 b) ET) dispone la nulidad objetiva del despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)".

En consecuencia, desde la perspectiva de las normas reguladoras del despido de una empleada de hogar (los artículos 3 b) y 11.1 RD 1620/2011 conducen, en definitiva, a la aplicación del artículo 55.5 b) ET), la protección objetiva del embarazo también ha de aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada.

3. Finalmente, por si pudiera seguir planteándose alguna duda, la perspectiva de género que ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas ( artículos 4 y 15 de la citada Ley Orgánica 2/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), lleva también a interpretar que la protección objetiva del embarazo debe aplicarse a la extinción del contrato de trabajo de una empleada doméstica.

A partir de la STS 21 de diciembre de 2009 (Pleno, rcud 201/2009), esta Sala ha procedido a aplicar este criterio de interpretación de la perspectiva de género, entre otras, en las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017), 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018), 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018, Pleno), 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017, Pleno), 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017), 129/2020, 21 septiembre 2020 y 580/2020, 2 julio 2020 (rcud 201/2018).

Lo mismo debe hacerse en el presente supuesto. El embarazo ("hecho biológico incontrovertible", STC 240/1999, de 20 de diciembre) es un elemento diferencial que, "por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres" ( STC 182/2005, de 4 de julio, con cita de anteriores sentencias). Y es notorio, asimismo, que son las mujeres a las que de forma absolutamente mayoritaria se les aplica el RD 1620/2011, sobre la relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

#### **QUINTO. La desestimación del recurso**

1. En virtud de todo lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmar la sentencia recurrida.
2. Se impone las costas a la parte recurrente en la cuantía de 1.500 euros ( artículo 235.1 LRJS).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por doña Rebeca , representada por la procuradora de los tribunales doña Cristina Palacios Querejeta y asistida por la letrada doña Elena Espinosa Castelao.
2. Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de junio de 2018 (rec. 1028/2018).
3. Imponer las costas a la parte recurrente en la cuantía de 1.500 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.