



Roj: **STSJ CAT 9769/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:9769**

Id Cendoj: **08019340012014106709**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2014**

Nº de Recurso: **2838/2014**

Nº de Resolución: **6550/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 21, 10-01-2014,
STSJ CAT 9769/2014**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8025820

mm

Recurso de Suplicación: 2838/2014

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 7 de octubre de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6550/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Eva frente a la Sentencia del Juzgado Social 21 Barcelona de fecha 10 de enero de 2014 dictada en el procedimiento nº 558/2013 y siendo recurrida Micaela . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de enero de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Eva contra Doña Micaela en materia de despido, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra, confirmando el desistimiento producido con efectos de 03/04/2013."



SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- La parte actora Doña Eva con DNI nº NUM000 , ha venido prestando servicios en el domicilio de la demandada, con una antigüedad desde el 22/07/2011, categoría profesional de empleada de hogar, a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo (40 horas), percibiendo un salario mensual de 1.272,32 € con inclusión de prorrata de pagas extras. La actora cuidaba a la madre de la demandada de 93 años de edad y que falleció el 05/08/2013, en el domicilio sito en la C/ DIRECCION000 , NUM001 NUM002 NUM003 NUM004 de Barcelona. En dicho domicilio convivía con la demandada. -hecho no controvertido y folios 33, 43, 64-65.-

2.- En fecha 02/04/2013 la demandada comunicó a la actora, por medio de burofax, la extinción de su contrato de trabajo por desistimiento, por medio de burofax, con efectos de 03/04/2013 con el siguiente tenor literal:

"...En calidad de empleadora en el contrato de trabajo de servicio d hogar familiar suscrito con Vd. en fecha 22 de julio de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar (BOE 17 de noviembre), formalmente le notifica la Extinción del contrato de trabajo basada en el desistimiento del empleador.

Los efectos de la extinción del contrato por desistimiento se producirán desde el día 3 de abril de 2013, que será el último de prestación de servicios.

En este mismo acto se pone a su disposición la indemnización correspondiente a la extinción del contrato por desistimiento, que asciende a 530,83 euros, cuantía equivalente al salario correspondiente a siete días naturales por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

Igualmente tiene a su disposición, en el despacho de mi abogado D. Fernando del Arco Márquez, sito en Barcelona, Rambla de Catalunya 70, 1º, 1ª, teléfono 93 4870010, una indemnización de 866,67 euros, equivalente a los veinte días de salario por falta de preaviso, y su liquidación por saldo y finiquito.

Agradeciéndole los servicios prestados, reciba u cordial saludo".-folio 32 y folios 50 a 53.-

3.- En fecha 02/04/2013 se realizó transferencia con la indemnización por despido y se expidió cheque por importe de 1.214,89 € correspondiente a la indemnización por falta de preaviso y liquidación del finiquito.- folios 54 a 56.-

4.- La actora inició permiso de maternidad el NUM005 /2012, por nacimiento de su hijo. Inició un periodo de incapacidad temporal el 31/10/2012. El día 03/04/2013 la actora debía reincorporarse a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un periodo de maternidad. Durante su baja por maternidad fue sustituida por la trabajadora Doña Elisa con quien la demandada suscribió contrato de interinidad- folio 36 a 42 y 96 bis.-

5.- La demandada tenía contratadas a tres personas en el servicio doméstico para el cuidado de su madre, realizando turnos. En la misma fecha de la extinción del contrato de trabajo de la actora por desistimiento se extinguió el contrato de Doña Virginia , por el mismo motivo.- folio 110.-

6.- En fecha 19/06/2013 la demandada interpuso denuncia ante el Juzgado de Guardia contra el marido de la actora Don Nemesio , por los motivos que allí son de ver y que se dan aquí por reproducidos.- folios 59 a 63.-

7.- La parte demandada, arrendó a la actora una finca de una sociedad patrimonial de la demandada y su madre, por un periodo de 20 años, cuyo clausulado se tiene aquí por reproducido.-folios 86 a 91.-

8.- Se presentó papeleta de conciliación el 17/04/2013."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, desestimando la demanda interpuesta en materia de despido, absolvió a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra, confirmando el desistimiento producido con efectos de 3 de abril de 2.013. El recurso ha sido impugnado por la parte demandada, que interesó su desestimación, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso la determinación de la validez del desistimiento empresarial, instando la parte actora que el mismo sea calificado como despido nulo.



Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , como único motivo del recurso, la parte actora recurrente denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 14 de la Constitución , 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , y de la doctrina contenida en las siguientes sentencias: del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de diciembre de 2.008 , Catalunya de 8 de abril de 2.013 y 15 de enero de 2.013 , y de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008 ; alegando, en síntesis, que habiéndose producido el desistimiento empresarial en momento en que la trabajadora se reincorporó a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un período de maternidad, concurren indicios suficientes para invertir la carga de la prueba, y declarar que lo producido fue un despido nulo, por razón de embarazo.

Opone la parte demandada, en su escrito de impugnación, que en el supuesto enjuiciado nos encontramos no ante un despido, sino ante un desistimiento unilateral del empleador en contrato de empleada de hogar, causa legal válida de extinción del artículo 11.5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre , por el que se regula la relación especial del servicio de hogar familiar.

Constituye necesario punto de partida para dirimir sobre el objeto del recurso traer a colación el pacífico relato de hechos probados de la sentencia de instancia, del que, en síntesis -por obrar reproducido en los antecedentes de hecho de esta resolución- se colige que la actora prestaba servicios en el domicilio de la demandada, como empleada de hogar, a través de contrato de trabajo por tiempo indefinido, a tiempo completo, cuidando a la madre de la demandada, de noventa y tres años de edad, y que falleció el 5 de agosto de 2.013. En fecha 2 de abril de 2.013, la demandada comunicó a la actora, por medio de burofax, la extinción de su contrato de trabajo por desistimiento, teniéndose su contenido por reproducido; realizándose en la misma fecha transferencia con la indemnización por despido, y expidiéndose cheque por importe de mil doscientos catorce euros con ochenta y nueve céntimos (1.214,89 €) correspondiente a la indemnización por falta de preaviso y liquidación de finiquito. La actora había iniciado permiso de maternidad el NUM005 de 2.012, por nacimiento de su hijo, y de incapacidad temporal el 31 de octubre de 2.012. El día 3 de abril de 2.013 debía reincorporarse a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un período de maternidad. Durante su baja por maternidad fue sustituida por otra trabajadora, con quien la demandada suscribió contrato de interinidad.

Continuando con el relato fáctico, la demandada tenía contratadas a tres personas en el servicio doméstico para el cuidado de su madre, realizando turnos. En la misma fecha de la extinción del contrato de trabajo de la actora por desistimiento, se extinguió el de doña Virginia , por el mismo motivo. En fecha 19 de junio de 2.013 la demandada interpuso denuncia ante el Juzgado de guardia contra el marido de la actora don Nemesio , la cual se da por reproducida. La parte demandada arrendó a la actora una finca de una sociedad patrimonial de la demandada y su madre, por período de veinte años.

Sentados tales presupuestos fácticos, constituye el objeto del recurso la aplicabilidad al supuesto de desistimiento del contrato de empleado de hogar de la nulidad objetiva prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , en concreto en su apartado c), relativo a la nulidad del despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

La infracción denunciada impone traer a colación la normativa y doctrina jurisprudencial relativa al carácter automático de la declaración de nulidad en supuestos de despido de mujer embarazada o en ejercicio de los derechos de conciliación conferidos legalmente por maternidad, salvo que se pruebe la procedencia del despido por las causas invocadas en la carta. Tal doctrina (obrante, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio y sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2.008 , 16 de enero , 17 de marzo , 13 de abril , 30 de abril , 6 de mayo de 2.009 , 18 de abril de 2.011 y 16 de octubre de 2.012 , entre otras) se encuentra directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo ex artículo 14 CE , lo que conduce a conferir a la trabajadora que se encuentre en tal situación la reforzada protección prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción otorgada por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Al respecto, procede recordar que la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, si bien en un principio sostuvo que era necesario que el empresario conociese el embarazo de la trabajadora, y que, si tal conocimiento existía, la ley establecía una presunción iuris et de iure de móvil discriminatorio, por lo que la nulidad sólo estaría excepcionada en caso de acreditarse la procedencia del despido (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2.006 , que descartó la contracción por la cuestión del conocimiento o desconocimiento del embarazo por parte de la empresa y lo abordaron de lleno las sentencias del Tribunal Supremo del Pleno de 19 de julio de 2.006 , seguidas posteriormente por las de 24 de julio de 2.007 , y 29 de febrero y 12 de marzo de 2.008), rectificó tal postura jurisprudencial en la sentencia de de 17 de octubre de 2.008 -rcud. 1957/2007 -, seguida por las SSTs de 16 de enero -rcud 1758/2008 -, 17 de marzo -rcud 2251/2008



-, 13 de abril -rcud 2351/08 -, 30 de abril -rcud 2428/2008 - y 6 de mayo de 2.009 -rcud. 2063/2008-), acogiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, en la que se entró a valorar el alcance del art. 55.5 ET para sostener que el legislador optó por un desarrollo del art. 14 CE incrementando las garantías al no exigir el requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora. Tal como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2.011, el Tribunal Constitucional, "rechazando la suficiencia de los criterios interpretativos contrarios - y entendiendo vulnerado por ello el art. 24 CE -", concluía que "el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa.

Posteriormente, la STC 124/2009, de 18 de mayo, anuló la STS de 19 de julio de 2.006 (rcud. 1452/2005) y reiteró el mismo criterio de la STC 92/2008.

Como resumíamos en la STS de 6 de mayo de 2.009 (rcud. 2063/2008), tras acoger los criterios del TC, la doctrina de esta Sala IV sobre la calificación del despido de la trabajadora embarazada se concreta en los siguientes puntos:

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 (...) 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»(...), 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".

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, el nudo gordiano del objeto del recurso viene constituido por la aplicabilidad de esta doctrina al supuesto que nos ocupa (desistimiento de contrato de empleada de hogar al reincorporarse tras disfrutar el permiso de maternidad), o la necesidad de acreditación de indicios de discriminación por tal causa, en aplicación de la normativa sobre despido por vulneración de derechos fundamentales.

Establece la normativa reguladora de la relación laboral de empleados de hogar, 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 materia de desistimiento, en su artículo 11, apartado 3 :



"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 comuniquen 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".

En aplicación de esta norma, la actuación de la empleadora se acomodó a la forma prescrita por aquélla, cuestión ésta que, por otra parte, no ha resultado controvertida, limitándose el recurso a alegar que la elección de la trabajadora a efectos de desistir obedeció al hecho de que debía reincorporarse a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un período de maternidad.

Ahora bien, las divergencias entre los supuestos contemplados en la doctrina jurisprudencial invocada en el recurso (despido de mujer embarazada) y el que nos ocupa (desistimiento de contrato de empleado de hogar) impone traer a colación el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en la sentencia 173/2013, de 10 de octubre (no invocada en el recurso), en que, al abordar la cuestión atinente a la extinción del contrato laboral durante el período de prueba de mujer embarazada, expone:

"Así planteado el objeto del presente recurso de amparo, es preciso comenzar recordando la doctrina sentada en la STC 92/2008 (que reiteramos en la STC 124/2009), en la que este Tribunal otorgó el amparo a la demandante y reconoció a la misma su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, en un supuesto en el que, habiendo sido despedida la trabajadora demandante estando embarazada, las resoluciones judiciales declararon la improcedencia del despido y no su nulidad, por no haberse acreditado que el empresario conociera el estado de gestación. En efecto, este Tribunal estimó que la falta de conocimiento del embarazo por la empresa impide apreciar la existencia de indicios de discriminación, lo que excluye la calificación de nulidad radical del despido por vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (STC 92/2008, FJ 4). Pero a continuación la STC 92/2008 entendió que el precepto legal aplicado -el art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre - establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (salvo que se acreditara la procedencia del despido), no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo, y enjuiciaba desde la perspectiva constitucional el sentido y finalidad de dicha garantía para concluir que la interpretación del precepto efectuada por los órganos judiciales en el caso analizado (que exigía en todo caso el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo para declarar nulo el despido) resultaba injustificadamente restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de las exigencias de razonabilidad y motivación reforzadas que imponía la afectación del derecho fundamental sustantivo del art. 14 CE. Posteriormente, la STC 124/2009 reiteró esta misma doctrina en un supuesto idéntico.

El canon de constitucionalidad aplicado por las SSTC 92/2008 y 124/2009 para resolver la cuestión de fondo suscitada en aquellos casos, relativa a la interpretación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, fue el reforzado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por "tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)", toda vez que "no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales... ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas" (SSTC 92/2008, FJ 6, y 124/2009, FJ 3).

Este mismo canon de constitucionalidad es el aplicable al caso que ahora nos ocupa, pues nos hallamos ante resoluciones judiciales que, interpretando lo dispuesto en el art. 55.5 b) LET y la doctrina sentada respecto del mismo por las SSTC 92/2008 y 124/2009, rechazan que el mecanismo de garantía reforzada de las trabajadoras embarazadas en caso de despido previsto en dicho precepto pueda extenderse al supuesto del desistimiento empresarial durante el período de prueba, razonando que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación, lo que no sucede cuando la empresa no conoce siquiera el estado de



gestación de la trabajadora. Es aplicable, por tanto, el canon de razonabilidad y motivación reforzada del derecho a la tutela judicial efectiva, por estar en juego también el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

Sentado lo anterior, debe asimismo tenerse en cuenta que, por lo que se refiere a la interpretación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, declaramos en las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009 que "nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que ... la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo" (SSTC 92/2008, FJ 6 , y 124/2009 , FJ 3).

(...)

Ahora bien, sentado lo anterior concluimos que "la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE , que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre , FJ 4)" (SSTC 92/2008, FJ 9 , y 124/2009 , FJ 3).

4. (...)

Como se ha visto, la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 92/2008 y 124/2009 reprochaba a los órganos judiciales concernidos la interpretación restrictiva de un precepto legal, el art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, que añadió al supuesto de nulidad ya contemplado en la redacción precedente del art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales (entre ellos el "motivado" por el embarazo de la trabajadora) un nuevo supuesto de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, que opera automáticamente (salvo que se demuestre la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo), a pesar de que la empresa ignore el estado de gestación de la trabajadora. Y así afirmamos que las Sentencias entonces enjuiciadas, al condicionar la aplicación de la regla sobre nulidad del despido prevista en el art. 55.5 b) LET a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora en el momento del despido, no satisfacen las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de la trabajadora que es despedida hallándose embarazada .

Ahora bien, en el caso que ahora nos ocupa los órganos judiciales han razonado que lo dispuesto en el art. 55.5 b) LET no es aplicable al supuesto enjuiciado, que no se refiere a un despido, sino a una extinción del contrato laboral durante el período de prueba. Particularmente, la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que el problema planteado debe de ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el art. 55.5 b) LET, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba .

Con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, se razona por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el legislador sólo ha ampliado la protección de la trabajadora embarazada , tras la Ley 39/1999 (y mejorando la tutela dispensada por la Directiva comunitaria 92/1985), para los supuestos de despido causal, por lo que la extensión de esa protección prevista en el art. 55.5 b) LET a otras causas extintivas por vía analógica (art. 4.1 del Código civil), método delicado de integración normativa cuya aplicación exige, "por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo" (STC 148/1988, de 14 de julio , FJ 5), sólo sería posible si existiese una identidad de razón esencial entre el despido causal y esas otras causas de extinción del contrato de trabajo.



Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razona en la Sentencia que esa protección reforzada prevista en el art. 55.5 b) LET para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia. Así, se señala que mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan "resultados inconstitucionales" (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3, y 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4).

De ello se infiere por el Tribunal Supremo que, más allá del supuesto de la decisión extintiva con vulneración de derechos fundamentales, que acarrea la declaración de nulidad tanto si se trata de despido como de desistimiento empresarial en periodo de prueba, aplicándose en este caso las reglas de distribución de la carga probatoria en los mismos términos previstos para el despido nulo (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3), no cabe extender por analogía la protección dispensada para el despido en el art. 55.5 b) LET, tal como ha sido interpretada por las SSTC 92/2008 y 124/2009, a la resolución contractual en periodo de prueba, pues las diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica evidencian que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del art. 55.5 b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. La Ley 39/1999 añadió al supuesto ya contemplado de los despidos nulos por discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales un nuevo supuesto de nulidad objetiva del despido por embarazo de la trabajadora, en los términos expuestos, sin que la posterior Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, que amplía la protección de la mujer embarazada, considerara oportuno extender esa regulación a supuestos distintos de la extinción del contrato de trabajo por despido.

En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva".

(...)

Esta interpretación, en efecto, no resulta constitucionalmente reprochable, dado que no priva de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, que, pese a no exigir siquiera causa ni motivación de ningún tipo -pudiendo responder, por su propia naturaleza, a la pura voluntad empresarial- no pueden, claro está, vulnerar derechos fundamentales, como tiene establecido nuestra doctrina, antes citada (SSTC 94/1984, FJ 3 y 166/1988, FJ 4), y se recuerda precisamente en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Otro tanto hemos afirmado respecto de otras decisiones no causales, como la no renovación de contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio).

La aplicación de la doctrina expuesta al objeto del recurso conduce a la desestimación de la infracción jurídica denunciada, dado que las diferencias sustanciales entre el despido y el desistimiento en la relación laboral de empleados al servicio del hogar familiar impide aplicar la tutela automática u objetiva prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la debida ponderación de la concurrencia de indicios de que se desprenda la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo invocada.

Así lo hemos venido entendiendo en anteriores resoluciones, entre las que cabe citar la sentencia de 31 de enero de 2.011 (recurso 5635/2010), en que, en supuesto de desistimiento del contrato de empleada al servicio de hogar familiar, que se encontraba embarazada, concluimos que la ausencia de aportación de "una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio de la que surja la sospecha de una situación de discriminación por el hecho del embarazo" impedía estimar la vulneración del derecho fundamental alegada, añadiéndose que a tal efecto no resultaba suficiente "la mera alegación de tal estado"; añadiendo que "ni en los hechos probados, ni tampoco de las pruebas practicadas con acceso a revisión fáctica puede llegarse a la conclusión de que en el momento en el que a la demandante se le comunicó el



desistimiento del contrato por parte del empleador éste tuviera conocimiento de que estuviera embarazada , no aportándose, por tanto, ningún indicio o principio de prueba del que pueda deducirse la posibilidad de que la decisión extintiva se hubiera adoptado por discriminación, a los efectos de invertir la carga de la prueba y exigir al empleador la ausencia de todo propósito discriminatorio" . Por el contrario, entendimos que existía despido nulo en supuestos en que la decisión empresarial de desistimiento del contrato objeto del recurso había sido adoptada sin las formalidades exigidas legalmente, lo que conducía a calificar como despido tal medida (sentencias de esta Sala de 8 de abril de 2013 -recurso 7553/2012 - (invocada en el recurso), en supuesto en que no se puso a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente al desistimiento; y de 15 de enero de 2.013 -recurso 6810/2012- (asimismo invocada en el recurso), en que la ausencia de formalidad impedía concluir sobre la existencia de desistimiento empresarial-)

En la misma línea interpretativa, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2.014 (recurso 1834/2013), que concluye que no toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento ha de calificarse como nula, por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva, sino únicamente cuando existan indicios de discriminación y la empresa no acredite que el cese se produjo por causas razonables y justificadas; así como la del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de febrero de 2.012 (recurso 634/2011), que en supuesto de desistimiento tras intento de incorporación después de la baja por riesgo de embarazo y maternidad, concluyó que tal hecho por sí mismo no es indicio suficiente en orden a alterar el régimen ordinario de las reglas sobre la carga de la prueba e imponer al empresario la obligación de probar que su móvil no resulta discriminator, con cita de diversas resoluciones recaídas en la materia.

A mayor abundamiento, tampoco estimamos que la normativa y Jurisprudencia europeas permitan configurar la incorporación tras permiso de maternidad como causa que opere automáticamente como de nulidad objetiva, en supuestos tales como el que nos ocupa, de desistimiento en relación laboral de empleado al servicio del hogar familiar.

TERCERO.- En aplicación de la doctrina expuesta, procede dirimir sobre la concurrencia de indicios de discriminación por razón de sexo en la conducta empresarial, al configurar como tal todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y ello con objeto de determinar la aplicabilidad al supuesto objeto de recurso de la inversión de la carga probatoria prevista en el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Al respecto, procede recordar la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria, dirigida a "favorecer que se desvelen las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales". Así, tal como recuerda la STC 104/2014, de 23 de junio :

"(...) desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , hemos establecido que incumbe a la parte demandada en el proceso judicial acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental de que se trate. A tal objeto, la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo , y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del demandante de aportar un indicio razonable de que el acto cuestionado lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). No constituye un indicio, sin embargo, la mera alegación de la vulneración constitucional, ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado. En otro caso, el incumplimiento de ese deber probatorio de la parte demandada -que como se ha expuesto no supone una inversión de la carga de la prueba , pues nace sólo una vez que la parte demandante ha aportado indicios de la vulneración que denuncia- trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental sustantivo que haya sido invocado.

(...) Y procede decir a tal fin, en cuanto al tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio , según apuntaba nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo , y después consolidara nuestra STC 17/2003, de 30 de enero , que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. En definitiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente, en todo caso, el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en



alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no podrá prosperar la queja.

(...) En palabras de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero , en un caso de embarazo que trasladamos aquí mutatis mutandis : "no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y sería de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio."

Alega la parte actora recurrente que el hecho de que la trabajadora se encontrara de baja por maternidad en el momento en que se le comunicó el desistimiento (estaba prevista su incorporación para el día siguiente), sumado a que mantuvo en su puesto de trabajo a otra trabajadora que no lo estaba, sería motivo suficiente para considerar que la decisión podría tener un móvil discriminatorio.

Ahora bien, el dato objetivo de que la trabajadora se encontraba en situación de baja por maternidad no es suficiente para configurar el indicio que altere las normas sobre carga de la prueba, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta. Y tampoco estimamos como tal el hecho de que se mantuviese en su puesto de trabajo a otra trabajadora que no se encontraba en tal situación constituya suficiente indicio a tal fin, por cuanto otra de las trabajadoras, que tampoco consta que se encontrase en tal situación, vio extinguido su contrato por desistimiento en la misma fecha (hecho probado quinto). A ello ha de añadirse que la doctrina constitucional ha reiterado que *"la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas"* (SSTC 171/2012, de 4 de octubre , y 104/2014, de 23 de junio).

En suma, ausente el recurso interpuesto de alegación de indicios de discriminación, y sin que los mismos se desprendan del relato fáctico, cuya revisión no ha sido instada, en el presente supuesto el mero hecho de que la empleadora operase el desistimiento cuando la actora se encontraba disfrutando de permiso por maternidad no resulta revelador de la existencia de indicios de discriminación que permitan la inversión probatoria postulada en el recurso, en atención a las circunstancias concurrentes, y sin que la normativa de aplicación permita dotar a la circunstancia de incorporación tras el permiso de maternidad del carácter de causa objetiva discriminatoria, conforme a lo expuesto anteriormente.

Por todo ello, la ausencia de acreditación de indicios de vulneración del derecho fundamental invocado impide invertir la carga probatoria, en el modo postulado en el recurso, lo que conduce a la desestimación de la infracción jurídica denunciada, y, con ello, del recurso interpuesto, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , no ha lugar a la imposición de costas a la parte actora, al disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de conformidad con el artículo 2, apartado d, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por doña Eva contra la sentencia dictada en fecha 10 de enero de 2.014 por el Juzgado de lo Social número 21 de Barcelona , en autos sobre despido seguidos con el número 558/2013, a instancia de la parte recurrente contra Micaela , confirmando íntegramente la resolución recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o



no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ