



Roj: **STSJ M 4933/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4933**

Id Cendoj: **28079340032015100280**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/04/2015**

Nº de Recurso: **962/2014**

Nº de Resolución: **363/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG : 28.079.00.4-2013/0023115

Procedimiento Recurso de Suplicación 962/2014

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid Despidos / Ceses en general 544/2013

Materia : Despido

Sentencia número: 363/15-FG

Ilmo/as. Sr./as.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

Dña. CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ

En Madrid, a veintiuno de abril de 2015, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número **962/2014** formalizado por la graduada social DOÑA ANA USEROS ÁLVAREZ, en nombre y representación de DOÑA Miriam , contra la sentencia número 320/2013 de fecha 20 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de los de Madrid , en sus autos número 544/2013, seguidos a instancia de DOÑA Apolonia frente a la ahora recurrente, en reclamación por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, 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 dictó sentencia, en cuya fase de ejecución se ha dictado el auto referenciado anteriormente.

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

*"Hecho probado 1º.- Presta la demandante sus servicios como empleada del **hogar** en régimen de internado por cuenta de la demandada con una antigüedad de fecha 21 de Agosto de 2012 y un salario mensual total de 975,00 euros, que resultan de la percepción de doce mensualidades ordinarias de 900,00 euros cada una y dos medias pagas extraordinarias. Desde la fecha de la contratación de la demandante, su esposo pasó a residir, también, en el domicilio de la empleadora.*

Hecho probado 2º.- Que por carta de 15 de marzo de 2013 y con efectos de la misma fecha la empleadora comunicó a la demandante su voluntad de desistir del contrato de trabajo con efectos del mismo día.

Hecho probado 3º.- La actora se encontraba embarazada de ocho meses en el momento del desistimiento.

Hecho probado 4º.- El mismo día 15 de marzo de 2013 fue despedido el esposo de la demandante, Don Camilo como empleado de Holy Mary Catholic School SI, Sociedad titular del Colegio de igual nombre en la que son partícipes de su capital la empleadora y su hermana, desempeñando además aquélla la Dirección del Colegio. El despido se produjo por causas disciplinarias e impugnado judicialmente se alcanzó avenencia conciliatoria el día 16 de Diciembre de 2013 ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid, con reconocimiento de improcedencia

Hecho probado 5º.- En fecha 15 de Abril de 2013, se celebró a instancias de la demandante acto de conciliación ante el SMAC de Madrid, que resultó sin efecto conciliatorio por incomparecencia de la demandada que constaba debidamente citada al acto."

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

*"que debo estimar íntegramente la demanda interpuesta por DOÑA Apolonia contra DOÑA Miriam y, a su tenor previa declaración de nulidad del Despido practicado, debo declarar resuelto el contrato de trabajo en el ámbito del **hogar** familiar suscrito por las partes, condenar a ésta última a que le abone a la actora las siguientes cantidades: OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y SIETE CENTIMOS DE EURO por el concepto de indemnización extintiva y NUEVE MIL CIEN EUROS por el concepto de salarios de tramitación desde el día siguiente al despido y hasta el día de hoy (280 días), en compensación de los daños y perjuicios ocasionados por la vulneración del derecho fundamental."*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, no habiendo sido impugnado de contrario.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 27 de noviembre de 2014 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 21 de abril de 2015 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , interesa la recurrente la revisión del hecho probado primero, en la siguiente forma:

*"Presta la demandante sus servicios como empleada del **hogar** en régimen de internado por cuenta de la demandada con una antigüedad de fecha 21 de Agosto de 2012 y un salario mensual total de 866,67 euros, que resultan de la percepción de doce mensualidades ordinarias de 800,00 euros cada una y dos medias pagas extraordinarias. Desde la fecha de la contratación de la demandante, su esposo pasó a residir, también, en el domicilio de la empleadora."*

Se remite al efecto en el documento nº 3 del ramo de prueba de la actora, folios 45 y 46, consistentes en el finiquito y fotocopia del correspondiente talón que fueron firmados por la empleada como "no conforme", por lo que la juzgadora a quo considera probado el salario que refleja en el hecho probado primero a la vista del contrato de trabajo en el que consta tal salario, de manera que la modificación se inadmite.



SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia por la recurrente la infracción del artículo 181.2 de la misma ley en relación con el 11.3 del Real decreto 1620/2011 , alegando que se ha acreditado por su parte que el desistimiento trae causa de motivos razonables y ajenos al estado de gestación de la trabajadora, resaltando que no se trata de un despido sino de un desistimiento que es una facultad permitida al empleador para extinguir unilateralmente la relación laboral sin justificación, cumpliendo con los requisitos exigidos por el precepto citado, no pudiéndose, a su juicio, extrapolar la protección del 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Manifiesta que el esposo de la trabajadora ya prestaba servicios con anterioridad en la empresa de la que es condueña la recurrente y comenzó a residir con aquélla en su domicilio, de manera que el matrimonio convivió en su **hogar** familiar durante seis meses y veintidós días, constando que la actora estaba embarazada de ocho meses en el momento del desistimiento, por lo que su embarazo fue previo al inicio de la relación laboral y la recurrente lo conocía en el momento de la contratación, lo que no fue un obstáculo para la misma y ello, a su juicio, desvirtúa la presunción de un trato discriminatorio por tal causa. Señala la recurrente que al producirse determinados hechos que conllevaron una total pérdida de confianza en la persona del esposo de la demandante, la convivencia en el seno del **hogar** familiar del matrimonio resulta absolutamente incompatible con el sentimiento de seguridad, armonía, tranquilidad e intimidad que debe imperar en el **hogar** de la empleadora, recordando que aquél intentó llevarse dinero de la empresa, por lo que si causaba intranquilidad mantenerle en la empresa, mucho más en el domicilio familiar, coincidiendo el despido del esposo con el desistimiento objeto de este procedimiento que obedece a que la convivencia con ambos era insostenible. Reconoce la recurrente que la actora no tenía la culpa de las conductas de su marido, pero que exigirle a él solo que abandonara la vivienda hubiera constituido una fuerte desavenencia entre la actora la empleadora que viciaría la relación laboral produciendo un estado de desconfianza, máxime cuando estando próxima a dar a luz la convivencia con el esposo era más necesaria que nunca, siendo casi inevitable la presencia de éste en el domicilio familiar durante el descanso maternal. Concluye que hay argumentos contundentes para apreciar la legitimidad de la resolución por desistimiento, ajenos al embarazo de la trabajadora, no existiendo, a su entender, indicios razonables para la inversión de la carga de la prueba.

Esta Sala secc. 1ª se ha pronunciado respecto del despido de empleados del **hogar** familiar, y concretamente respecto de la calificación del mismo, en un supuesto similar al que nos ocupa, en sentencia de 14 de febrero de 2014 (recurso 1834/2013), en la siguiente forma:

*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 comunice 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 núm. 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 núm. 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.*

A la luz de esta doctrina, hemos de examinar el relato fáctico para determinar si existen o no indicios de discriminación por razón de sexo en el desistimiento de la trabajadora, 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, constando lo siguiente:

1º) La actora comenzó a prestar sus servicios para la demandada estando embarazada y en tal estado ha permanecido durante toda la relación laboral.

2º) Se trata de una empleada de **hogar** interna habiendo vivido igualmente en el domicilio de la empleadora el esposo de aquella durante todo el tiempo de la prestación de servicios.

3º) El marido de la demandante prestaba sus servicios para la empresa propiedad de la demandada, habiendo sido despedido el día 15 de marzo de 2013 por causas disciplinarias.

4º) El mismo día 15 de marzo de 2013 la demandada comunica a la hoy actora, estando ésta ya en su octavo mes de embarazo, el desistimiento en su contrato cumpliendo con los requisitos legalmente exigidos al efecto.

Pues bien, el único elemento para invertir la carga de la prueba es el embarazo de la trabajadora, a lo que hemos de unir que el mismo fue conocido por la empleadora desde el inicio de la relación laboral y, en todo caso, durante los primeros meses, incluso dentro del periodo de prueba, no habiendo sido obstáculo para el mantenimiento del contrato, por lo que difícilmente podría apreciarse que el desistimiento entrañara una conducta discriminatoria. pero en todo caso hemos de examinar los hechos que se han declarado probados



y muy especialmente la circunstancia de que el esposo de la actora prestara también servicios para la misma empleadora en la empresa que gestiona a través de una sociedad, así como la más trascendente de que conviviera en el mismo domicilio familiar junto a la esposa, de manera que, tal y como alega la recurrente, acontecido el despido del marido por causas disciplinarias y consecuentemente rota con él la relación laboral, la personal inevitable como consecuencia de convivir en la casa de la empresaria, se tornaba muy difícil, procediendo por ende ésta a desistir del contrato de la esposa el mismo día para evitar tanto tal convivencia como las dificultades que inevitablemente iban a surgir en el trato con la empleada de **hogar** por el hecho del despido de su marido, que sin duda iba a minar la relación de confianza que es absolutamente necesaria en la relación laboral especial que nos ocupa, en mayor grado cuando se trata de empleadas internas, de manera que la permanencia de la demandante en su puesto de trabajo hubiera obligado a la demandada a mantener la situación, prácticamente inviable con el marido despedido por causas disciplinarias, impedir a éste que se alojara en la casa, con el coste emocional que tal decisión tenía de cara a la esposa y con la pérdida de confianza mutua, u optar, como hizo por desistir del contrato de ésta, que, en conclusión, obedece a razones ajenas a su estado de gestación, debiéndose la decisión extintiva a las que acabamos de exponer, debiéndose resaltar que, tal y como pone de manifiesto la sentencia de esta Sala, sec. 1ª, S 24-11-2008, nº 8610/2008, rec. 4191/2008, " *toda resolución judicial que acabe imponiendo la readmisión in natura y, por ende, obligatoria de un empleado o empleada de hogar en el domicilio familiar interfiere indefectiblemente en el derecho, también constitucionalizado como fundamental, a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución)*, lo que el mismo Real Decreto 1.424/1.985 se cuidó de destacar en su preámbulo, al poner de relieve que:" (...) *ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar*", consideración que, en lo sustancial se reitera en el vigente Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del **hogar** familiar y que justifica que en esta regulación establezca como forma de extinción el desistimiento del empleador en supuestos, como el que nos ocupa, de pérdida de la confianza necesaria e ineludible en este tipo de relación, por todo lo cual el recurso ha de acogerse, desestimándose la demanda.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación número **962/2014** formalizado por la graduada social DOÑA ANA USEROS ÁLVAREZ, en nombre y representación de DOÑA Miriam, contra la sentencia número 320/2013 de fecha 20 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de los de Madrid, en sus autos número 544/2013, seguidos a instancia de DOÑA Apolonia frente a la ahora recurrente, en reclamación por despido y revocamos dicha resolución desestimando la demanda y declaramos ajustado a derecho el desistimiento y extinguida la relación laboral que el mismo produjo.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-(NÚMERO DE RECURSO) que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:



Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. 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.

3. En el campo **BENEFICIARIO** , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. **MUY IMPORTANTE** : Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen** . Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día

por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.