



Roj: **STSJ EXT 1011/2011 - ECLI:ES:TSJEXT:2011:1011**

Id Cendoj: **10037340012011100283**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2011**

Nº de Recurso: **236/2011**

Nº de Resolución: **287/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Badajoz, núm. 4, 11-02-2011,  
STSJ EXT 1011/2011**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

**SENTENCIA: 00287/2011**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES**

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

**NIG:** 06015 44 4 2010 0404249

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000236 /2011

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000236 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de BADAJOZ

**Recurrente/s:** CONSULTING DE INGENIERIA EXTREMAÑO,S.L.

**Abogado/a:** JOSE ANTONIO DE LA FUENTE MADUEÑO

**Procurador/a:** MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** Lorena

**Abogado/a:** ABEL LOPEZ COLCHERO

**Procurador/a:** MARIA ANGELES BUESO SANCHEZ

**Graduado/a Social:**

ILMOS. SRES.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª. ALICIA CANO MURILLO.

Dª. MARÍA PILAR MARTÍN ABELLA.

Dª. MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ.



En CACERES, a veinte de Junio de 2011.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J. de EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE 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 N º 287**

En el RECURSO SUPPLICACION **236/2011**, formalizado por el Sr. Letrado D. JOSÉ ANTONIO DE LA FUENTE MADUEÑO, en nombre y representación de CONSULTING DE INGENIERIA EXTREMAÑO,S.L., contra la sentencia número 52/11 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 4 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 236/2010, seguido a instancia de D<sup>a</sup>. Lorena , parte representada por el Sr. Letrado D. ABEL LÓPEZ COLCHERO, sobre DESPIDO OBJETIVO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARÍA PILAR MARTÍN ABELLA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Lorena , presentó demanda contra CONSULTING DE INGENIERIA EXTREMAÑO,S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 52, de fecha once de Febrero de 2011

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "1º.- Doña Lorena prestó servicios para la empresa CONSULTING DE INGENIERIA EXTREMEÑOS S.L. desde el 26 DE OCTUBRE DE 1998, con la categoría profesional de Ingeniero Técnico, con una remuneración mensual de 1.732, 54 euros mensuales. 2º.- En fecha 25 de octubre de 2010 la empresa demandada procede por escrito a comunicar a la actora la extinción de la relación laboral por causas económicas con fecha de efecto 8 de noviembre de 2010, por los motivos expuesto en dicho escrito que obra en autos al cual nos remitimos en su totalidad. 3º.- A fecha 2 de marzo de 2010 la demandante dio a luz a un hijo, y tras el disfrute de la baja maternal, periodo de lactancia y vacaciones, solicitó en junio de 2010 excedencia por cuidado de hijo que le fue concedida, dando por finalizada dicha excedencia la demandante en fecha 16 de octubre de 2010 e incorporándose ala empresa en fecha 22 de octubre de 2010. 4º.- Los resultados contables de la empresa son los siguientes. Ejercicio económico del 2008: 17.725,58 euros. Ejercicio económico del 2009: 22.202,92 euros (f. 83). Ejercicio económico del 2010: -aproximadamente. 16.718,93 euros. 5º.- Los gastos de personal ascendieron durante el periodo 208-2010 a los siguientes: En 2008, a 407.897, 08 €. En 2009, a 318.056,25 €. En 2010, a 289.545,65 €. 6º.- Los ingresos de la empresa son los siguientes: En 2008, 838.199,39 €. En 2010, 752.22, 09 €. En 2010, 541.566, 28 €.- 7º.- La empresa en el momento en que comunica a la trabajadora la extinción laboral en fecha 25/10/2010, ofrece a la actora un talón por importe de la indemnización (14.091 €), que fue cargado por la demandante en la cuenta de la que es titular la demandada el día 3/11/2010. 8º.- La trabajadora no ostenta o ha ostentado el año anterior, la condición de miembro del comité de empresa o delegado sindical. 9º.- En fecha 10/11/2010 interesó la parte demandante la celebración del preceptivo acto de conciliación ante la UMAC, con el resultado: INTENTADO SIN AVENENCIA."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por DOÑA Lorena frente a CONSULTING DE INGENIERIA EXTRMEÑOS, S.L. debo declarar y declaro la nulidad del despido de la demandante, condenando a la empresa demandada ala inmediata readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes del despido, condenado a la mentada empresa a estar y pasar por esta declaración, declarando el derecho de la actora a percibir salarios de trámite desde que se produjo el despido (8/11/2010). Hasta la readmisión, salvo el tiempo en que se haya encontrado en situación de baja laboral."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSULTING DE INGENIERIA EXTREMAÑO,S.L., Lorena formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue/no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 20-5-11.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16-6-11 para los actos de votación y fallo.



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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia se alza el letrado de la mercantil CONSULTING DE INGENIERÍA EXTREMEÑO S- L- con objeto de que se repongan los autos al estado en que se encontraban por haberse infringido normas o garantías del procedimiento que ocasionen indefensión de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral .

Se alega que la sentencia de instancia ha infringido el art. 97.2 de la LPL , en relación con el 218 de la LEC en orden a la congruencia de las sentencias, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión del art. 24.1 de la CE , y apartado 2 del art. 53 de la Constitución acerca de la tutela judicial ordinaria por cauces preferentes y sumarios de derechos fundamentales todo ello por cuanto el juez debió pronunciarse en primer lugar sobre si existían causas económicas que justificaban la extinción contractual y sólo si consideraba que no concurrían debió acudir a si se daba una discriminación en cuanto al despido de la trabajadora, por cuanto el art. 55.5 del ET en lo referente al despido indica que "será nulo el 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 niño" salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados, y la sentencia tan sólo señala un insuficiente relato fáctico en cuanto a las causas económicas, por lo que deben devolverse los autos al juzgado de procedencia para que, con libertad de criterio y a tenor de la prueba incorporada a autos, se pronuncie sobre si se dan las causas económicas en la empresa que permitan amortizar el puesto de trabajo de la demandante a tenor de lo prevenido en el art.51 en relación a los arts. 52.c) y 53 del ET .

Pues bien, respecto a la congruencia de las sentencias, viene a definirse como "la concordancia necesaria entre las pretensiones que constituyen el objeto de la contienda y la sentencia, a saber entre las acciones y medios de defensa o excepciones introducidas y opuestas en tiempo hábil por las partes, y los pronunciamientos del fallo o parte dispositiva de la sentencia, de forma que el Juez no puede introducir en el proceso cuestiones diferentes a las planteadas por los litigantes, bajo la sanción de incurrir en el vicio de incongruencia por abuso, exceso o desviación en el ejercicio de la jurisdicción, ni tampoco puede dejar de resolver todas las cuestiones planteadas en su momento por aquéllos, pues incurriría en la llamada incongruencia omisiva o por defecto; y en el presente caso no justifica el recurrente en qué exceso u omisión ha incurrido la sentencia en relación a las pretensiones objeto de la contienda" y en el presente caso, ninguna vulneración de la misma se ha producido en la sentencia por cuanto la parte actora en su demanda solicitaba que se declarase la nulidad o improcedencia de su despido por ser discriminatorio al haberse producido tras haber pedido la excedencia por maternidad sin haber transcurrido en la fecha del despido nueve meses desde el parto, o desde la finalización de la excedencia, y el juzgador a quo declara el despido nulo por considerar que la amortización del puesto de trabajo de la actora frente al resto de trabajadores no está justificada, habiendo resuelto las pretensiones planteadas en el fallo de la sentencia, y sin que lo alegado por la recurrente suponga infracción de la congruencia, por cuanto el juzgador da prevalencia a la existencia de motivos discriminatorios en el despido considerando que, aun teniendo como cierta la tesis de la demandada en cuanto a la existencia de una causa económica, ésta no justificaría que se hubiera amortizado el puesto de trabajo de la actora con preferencia al de otros trabajadores.

Tampoco existe una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión del art. 24.1 de la CE por cuanto tal y como sostiene el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 230/1992, de 14 de diciembre : "el derecho consagrado en el art. 24.2 CE no comprende la obtención de pronunciamientos conformes con las peticiones o intereses de las partes, ni cuya corrección o acierto sea compartida por éstas, sino razonados judicialmente y que ofrezcan una respuesta motivada a las cuestiones planteadas" y en el presente caso, el juzgador a quo ha dado una respuesta motivada a las cuestiones planteadas desestimando las alegaciones de la demandada.

Y finalmente, no existe tampoco infracción del apartado 2 del art. 53 de la Constitución acerca de la tutela judicial ordinaria por cauces preferentes y sumarios de derechos fundamentales por cuanto el art. 182 de la LPL establece que "... las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el art. 138 bis de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente" y en el



presente caso se interpuso por la actora demanda por despido de conformidad con el cauce procesal ajustado a derecho.

**SEGUNDO.-** Como segundo y tercer motivos de impugnación se pretende por la recurrente la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral .

En primer lugar, solicita la adición y complemento de los hechos probados cuarto, quinto y sexto, referentes a los resultados contables de la empresa, con base en el informe pericial que obra en el plenario en los folios 137 y 138 - cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil de Badajoz en los ejercicios 2008 y 2009- y en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2010 - folios 139 a 188 - así como la carta de despido, proponiendo como redacción alternativa: "4- Con estos resultados contables, obtenidos como consecuencia de la disminución tan importante que se ha producido en los ingresos de la compañía y al no poder reducir los gastos de la misma, se ha pasado de obtener beneficios en ejercicios anteriores a pérdidas en el ejercicio 2010.5.- Respecto de los gastos de personal han disminuido respecto de ejercicios anteriores en un 29%, pero en modo alguno compensan la disminución que se produce en los ingresos. La ratio de los ingresos de personal sobre gastos de la empresa nos permite comprobar el peso tan importante que en los gastos de la empresa representan los gastos de personal, y éstos aun habiendo disminuido, representan un porcentaje mayor que en los ejercicios anteriores, lo que hace imposible la generación de beneficios a la empresa.6.- En cuanto a los ingresos, existe una disminución importante en los del ejercicio 2010 respecto de los anteriores, siendo su disminución del 35,3% respecto del año 2008, y del 28,04% respecto del ejercicio 2009" debiendo ser rechazada la adición y complemento pretendidos por cuanto tal y como se ha sostenido en Sentencia de la Sala de fecha 7 de abril de 2005 " .. la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003 , que ha venido declarando que es preciso para que prospere la revisión fáctica (aún razonando en clave de recurso de casación, mas aplicable al recurso de suplicación): "1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4º.- Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados" y en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 1995 " esta Sala en numerosas ocasiones ( Sentencias de 21 mayo 1982, 6 febrero 1984 y 18 enero 1988 , entre otras) ha establecido que el error ha de quedar evidenciado de forma clara y directa por los propios datos y expresiones del documento o documentos alegados al efecto, sin necesidad de acudir a conjeturas, ni a deducciones o argumentaciones más o menos lógicas" y en el presente caso la parte recurrente no señala el punto específico del contenido del documento que demuestra el error del juzgador, introduce consideraciones subjetivas de parte sobre la situación de la empresa deduciéndola de los documentos contables que cita, y se ampara además en la carta de despido, respecto de la que ésta Sala ya ha sostenido que es inhábil a efectos probatorios ( .. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña de 1 julio 1991 y 23 enero 1995; de Castilla-La Mancha de 26 septiembre 1991, 10 julio 1992 y 30 septiembre 1996; de Cantabria de 17 octubre 1991; de Madrid de 3 marzo 1992 y 5 octubre 1995; de la Comunidad Valenciana de 25 marzo y 21 diciembre 1992, 13 marzo 1993 y 20 mayo 1994; de Aragón de 7 octubre 1992; de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 22 junio 1993; de Castilla y León, con sede en Burgos, de 16 abril 1996; y de esta Sala de Extremadura de 9 y 14 febrero 1991 y 15 abril 1993 ).

Y en segundo lugar, se pretende adicionar como nuevo hecho probado la evolución del trabajo contratado y pendiente de ejecutar entre el 31 de diciembre de 2009 y el 30 de septiembre de 2010, amparándose en contratos de administraciones públicas por redacción de proyectos y direcciones y asistencias técnicas a la dirección de obras obrantes en los folios 199 al 320, en relación al contenido de la carta de despido obrante en los folios 131 a 134; debiendo rechazarse la adición por cuanto los datos numéricos que se pretenden añadir se extraen del folio 199, que es un simple escrito confeccionado por la parte demandada y por tanto no apto a efectos revisorios, no siendo tampoco apta a tales efectos la carta de despido, y sin que de los contratos de administraciones públicas cuya fotocopia se aporta, se desprendan aquéllos datos que la recurrente pretende añadir.

**TERCERO.-** Como cuarto motivo del recurso alega la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral , la infracción de normas sustantivas o jurisprudencia por aplicación indebida del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la consideración del despido



nulo, e inaplicación de los artículos 51 en relación con el art. 52.c) y 53 del mismo cuerpo legal respecto a la procedencia de la extinción contractual por causas objetivas de índole económica.

En concreto, reproduciendo los argumentos invocados en el motivo primero alega que el juez debió pronunciarse en primer lugar sobre si existían causas económicas que justificaban la extinción contractual y sólo si consideraba que no concurrían debió acudir a si se daba una discriminación en cuanto al despido de la trabajadora por cuanto el art. 55.5 del ET en lo referente al despido indica que "será nulo el 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 niño" salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalado, y al no cumplir aquél orden se infringe el art. 55.5 del ET

A lo anterior, añade que se infringe el art. 51.1 del ET, que indica cuándo concurren causas económicas en los despidos por estas causas ("cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado") en relación a los artículos 52.c) y 53 del mismo cuerpo legal por cuanto, si prosperase el segundo motivo de su recurso quedarían acreditadas las pérdidas actuales en el ejercicio 2010 y la disminución persistente en el nivel de ingresos en dicho ejercicio respecto de los anteriores; y aún sin prosperar dicho motivo alegado, de la redacción incorporada en la sentencia en los hechos cuarto y sexto se acreditarían tanto las pérdidas actuales como la disminución de ingresos, y las pérdidas previstas quedarían igualmente acreditadas a través de la inexistencia de contratos de redacción de proyectos y la escasa inversión pública y privada prevista para el año 2011 obrantes en los folios 199 a 320 y 131 a 134.

En cuanto a las primeras alegaciones invocadas, olvida el recurrente que cuando existe algún indicio de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales del trabajador ello conlleva la inversión de la carga de la prueba, según tiene establecido una reiterada doctrina constitucional ( SS. del Tribunal Constitucional 38/1981, 114/1989 y 21/1992, entre otras). Así, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que "en los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva" ( STC 21/1992 [RTC 1992/21] F. 3º, con cita de las SSTC 38/1981 [RTC 1981/38], 104/1987 [RTC 1987/104], 114/1989 [RTC 1989/114], 135/1990 [RTC 1990/135] y 197/1990 [RTC 1990/197]. Esta doctrina responde no solamente a la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino a la dificultad que el trabajador encuentra a la hora de probar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. La misma doctrina ha precisado que no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino de acreditar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. Al propio tiempo, para imponer la carga probatoria expresada, no es suficiente la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza ( STC 21/1992, F. 3º )."

Y en el presente caso, la actora sostenía en su demanda que el despido traía causa de su reciente disfrute de excedencia por cuidado de hijo sin haber transcurrido nueve meses desde el parto o desde la finalización de la excedencia, y el juzgador a quo - con acierto - consideró acreditados indicios de la vulneración de un derecho fundamental ( art. 14 de la CE ) deducidos de la prueba practicada por cuanto constaba acreditado que la actora a fecha 2 de marzo de 2010 dio a luz un hijo, y tras el disfrute de la baja maternal, período de lactancia y vacaciones, solicitó en junio de 2010 excedencia por cuidado de hijo que le fue concedida, dando por finalizada dicha excedencia en fecha 16 de octubre de 2010 e incorporándose a la empresa en fecha 22 de octubre de 2010, comunicándole la empresa 3 días más tarde la extinción de la relación laboral, lo que se desprende del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, en concreto de los hechos probados segundo y tercero, cuya revisión no ha instado la recurrente. Por ello, acreditados tales indicios y como bien se sostiene en la sentencia por el juzgador a quo, se produce una inversión de la carga de la prueba debiendo la demandada probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva, sin que le sea exigible una prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino que lo que debe es acreditar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. No existe por tanto infracción del art. 55.5 del ET porque el juzgador haya analizado la vulneración del derecho fundamental antes que la procedencia



del despido, sino que acreditado la existencia de indicios de la vulneración de un derecho fundamental, debía ser la empresa la que debía acreditar que el despido de la actora lo había sido por una causa económica -como sostiene- y que esta causa era ajena a la vulneración del derecho fundamental. Por lo que sus alegaciones deben ser rechazadas.

Y respecto a las otras alegaciones, tampoco la sentencia de instancia vulnera los artículos 51.1, 52.c) y 53 del ET por cuanto el juzgador de instancia no niega que en la empresa pueda existir una causa económica que en principio justificaría la decisión extintiva (en la sentencia se hace constar que " si bien la empresa demandada despliega toda la actividad probatoria en relación a justificar la existencia y realidad de los motivos económicos que a su entender justificarían la extinción de la relación laboral habida con la demandante"), sino que lo que hace es declarar la nulidad del despido por considerar que, acreditada la existencia de indicios de vulneración del art. 14 de la CE , la empresa no ha acreditado que la concreta amortización del puesto de trabajo de la actora no obedezca a motivos discriminatorios por cuanto en la carta de despido obvia cualquier referencia a la elección de su puesto de trabajo frente al resto de trabajadores como aquel que ha de amortizarse, y tampoco en la contestación a la demanda se hace referencia a por qué se eligió amortizar el puesto de trabajo de la actora, considerando que tan sólo al practicar el interrogatorio del representante de la demandada se intentó introducir motivos novedosos acerca de la conveniencia de despedir a la actora frente a otros trabajadores de la empresa con lo que intentaría acreditar que el curriculum de la actora es inferior al de otros trabajadores que permanecen en la empresa en relación a las actuales necesidades de la misma.

Y tales afirmaciones del juzgador de instancia deben ser compartidas por esta Sala por cuanto tampoco en sede de este recurso se intenta justificar la elección del puesto de trabajo de la actora para ser amortizado frente al de otros trabajadores que continúan trabajando en la empresa, por cuanto la situación de excedencia por cuidado de hijo sin haber transcurrido nueve meses desde el parto o desde la finalización de la excedencia - en que se ha hallado la actora antes del despido, según se ha acreditado- está especialmente protegida no sólo por nuestro legislador sino también por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional, hasta el punto de que no sólo se considera nulo el despido de trabajadores en tales situaciones, sino que en tales supuestos, el poder decisorio en la elección de los trabajadores cuyo contrato debía ser objeto de decisión extintiva - que normalmente corresponde al empresario- estaba limitado y la garantía reforzada de estabilidad que motiva tal situación, posibilita el control judicial sobre la decisión empresarial y se extiende hasta considerar que, impugnada la decisión empresarial, el ordinario juicio de razonabilidad sobre la elección empresarial cuyo alcance - en supuestos normales - se ciñe a controlar que la extinción contribuya a la superación de situaciones económicas negativas, pasa en tales supuestos a controlar si en la elección de la extinción del contrato de trabajo ha existido o no violación del derecho fundamental cuyos indicios han resultado acreditados.

Así se desprende entre otras de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23-07-2010 y de Cantabria de fecha 14-10-2009 , cuyos criterios compartimos. En la primera de ella se sostiene que "En el actual momento, y recapitulando, los supuestos de despido nulo son los siguientes: A). Despido nulo por discriminación o violentando derechos fundamentales del trabajador.(...) B). Despido nulo durante el período de suspensión del contrato de trabajo por las causas expresadas en la letra d) del apartado 1 del art. 45 del ET . El art. 108.2 a) LPL , en la redacción dada por la disposición adicional 13 apartado 2 de la Ley Orgánica 3/2007 , reputa de nulo el despido de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del art. 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. El progreso habido en el siglo XX y en los albores del del presente siglo XXI no sería explicable sin la búsqueda del valor de la igualdad de hombres y mujeres. Frente a la idea clásica, que hoy repugna a nuestras conciencias, de que la sumisión de la mujer al hombre era un hecho acorde con la naturaleza y la razón, basada en una equivocada concepción de aquélla como física y moralmente débil frente a éste, defendida por importantes filósofos de la antigüedad (Aristóteles y Platón) y que en España llegó a pervivir, nada menos, que hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, -cuyo artículo 11 exigía la autorización marital para que la mujer pudiera contratar laboralmente-, con el paréntesis de la II República, que por un Decreto de 9-12-1931 , en lógica consonancia con su proclamación de la igualdad política y social de sexos, procedió a declarar la nulidad de las cláusulas de las Bases y Reglamentos de trabajo y contratos laborales que venían imponiendo la prohibición de contraer matrimonio a las obreras y empleadas, así como de las que consideraban al matrimonio como determinante de la extinción del contrato de trabajo, se ha ido abriendo una importante corriente o reacción cultural de la sociedad, inicialmente minoritaria, refrendada por el Derecho, que ha cambiando la posición de la mujer en su posición civil dentro del matrimonio, la política (derecho al voto de las mujeres que supuso una de sus grandes conquistas), en la contratación y, finalmente, en el trabajo. Las Leyes Orgánicas 1/2004 y 3/2007 han



supuesto una consolidación de este cambio cultural de las sociedades democráticas en el que el principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres se erige en un principio jurídico rector de nuestro ordenamiento. A partir de la Ley 39/1999, se empieza a tener en cuenta de una manera más realista la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas. Por ello, esta última Ley toma medidas encaminadas a incrementar los derechos derivados de las circunstancias del embarazo, parto y puerperio, así como de atención de menores y mayores que no pueden valerse por sí mismos, a la vez que introduce una mayor protección contra el despido por el ejercicio de tales derechos. Con la Ley 39/1999 se trata de evitar, en definitiva, tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad. Las responsabilidades familiares y la condición de víctimas de género son factores de discriminación o trato desigual en el trabajo. Ha existido tradicionalmente, producto de pautas culturales, hábitos, inercias y estereotipos, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres. Como dice la STCO 109/1993, con ocasión de examinar el art. 37.4 ET, en su redacción original, que solamente otorgaba el derecho al permiso de lactancia a la mujer trabajadora, la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre. El descanso maternal, no es una situación que se identifique con la incapacidad temporal para el trabajo -que puede afectar igualmente a hombres y mujeres-, sino que "siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación". ( STS 23 marzo 1995, Recurso 652/1994 ). Partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, la STCO 182/2005, de 4 julio 2005, rememorando su doctrina precedente, nos recuerda estimó diversos recursos de amparo, incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba o la no renovación de un contrato temporal ( STCO 173/1994, de 7 de junio ), aseverando igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales como el despido, pues la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo. ( STC 136/1996, de 23 de julio ). De ello se deduce, en relación con la prohibición de discriminación por maternidad, la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, pues es obligado evitar las consecuencias físicas y psíquicas que las medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora, resultando un imperativo constitucional, al mismo tiempo, afianzar los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora. ( STC 17/2003, de 30 de enero ). Y, aunque ciertamente, el art.14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Son así plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio) así como las disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban adoptarse transitoriamente en un Estado de Derecho con el propósito de remover los obstáculos que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo. España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina (el 44,5%) en comparación con la tasa masculina (el 67,6) encontrándose aún muy lejos de los objetivos marcados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010. El índice de paro femenino sigue doblando al masculino, la temporalidad es de más de cinco puntos porcentuales respecto a los hombres, y el salario medio mensual de las féminas sigue cifrado en un 24% por debajo en las mujeres. Importa recordar que en el contexto político del Régimen anterior al actual Estado Democrático de Derecho la familia se erige en un pilar ideológico esencial respondiendo a un modelo tradicional en el que la mujer asumía las tareas del hogar y la educación de los hijos, quedando así apartada del mundo laboral, correspondiendo al varón trabajar fuera de la casa allegando los recursos económicos necesarios para el sustento del núcleo familiar. Precisamente, es el Fuero del Trabajo, primera Ley Fundamental del nuevo Estado Nacional surgido de la contienda civil, de 9-3-1938, luego modificado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, el que asumirá un compromiso (Declaración II. 1) de prohibir el trabajo nocturno de mujeres y niños y "liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica". Lo que se traducirá en que las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo llegaran a imponer la excedencia forzosa de la mujer en el trabajo cuando contraía matrimonio, situación a la que trató de poner remedio, en un contexto de expansión económica, la Ley de 22 de julio de 1961, sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer. Será la Constitución de 1978 la que, en su artículo 14, conectando con el 25 de la Constitución Republicana



de 1931, romperá este diseño de desigualdad de sexos proclamando que no podrá prevalecer discriminación alguna entre los mismos. En el llamado período de la transición política de un Régimen Autoritario a otro Constitucional, marcado por la Ley de Relaciones laborales de 1976, se establece una posible reducción de la jornada, con la correspondiente reducción de salario, para el cuidado de menores de seis años o disminuidos físicos o psíquicos, se amplía la protección por maternidad, elevando la duración del descanso de doce a catorce semanas, concediendo a la trabajadora la posibilidad de disfrutarlo en el momento anterior o posterior al parto, y se modifica sustancialmente el régimen jurídico de la hora de lactancia fijando un plazo máximo para su disfrute, (hijo menor de nueve meses) permitiendo que la trabajadora reduzca la jornada en media hora en sustitución de la misma. La Organización Internacional del Trabajo ha destinado varios instrumentos para tutelar a las madres trabajadoras y a los trabajadores con responsabilidades familiares: el Convenio núm. 3 de 1919, relativo al empleo de mujeres antes y después del parto; el Convenio núm. 103, revisado en 1952, relativo a la protección de la maternidad, acompañado de una Recomendación sobre el mismo tema; la Recomendación núm. 123, aprobada en 1965, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares; el Convenio núm. 156 y la Recomendación núm. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. La creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo, y los cambios sociales profundos acontecidos a finales del siglo XX, hizo necesario configurar un sistema que contemplase las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Por eso, y como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se introducen cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. La Ley 39/99, de 5 de noviembre, - como su precedente de la Ley 3/89 - no individualizó de manera autónoma a favor del padre la posibilidad de suspender el contrato de trabajo por nacimiento de hijo con derecho a un permiso de paternidad a cargo de la Seguridad Social, distinto del de maternidad, sino que erigió a la madre, en los supuestos de maternidad biológica, como la única titular del derecho, y solamente si ella optaba por ceder su derecho al padre, éste, en determinadas circunstancias, podía acceder al mismo. Tal enfoque despertó muy pronto en la doctrina científica críticas fundadas, pues si la propia Exposición de Motivos de dicha Ley presumía de superar los niveles mínimos de protección de la normativa internacional y comunitaria, en lógica armonía con tal declaración de intenciones, lo suyo habría sido reconocer el permiso de paternidad, abarcando toda la dimensión de la conciliación de la vida laboral y familiar. La Ley 39/99 individualizó sólo parcialmente los permisos parentales, entendiendo por éstos los que se conceden a los padres trabajadores para atender al cuidado de los hijos, constrictos a la reducción de jornada y a la excedencia, contemplando estos supuestos como derechos de los trabajadores, hombres y mujeres, aunque el empresario puede limitar su ejercicio por razones del funcionamiento de la empresa, cuando dos o más trabajadores de la misma generasen el derecho por un mismo sujeto causante. Omitió, además de la regularización del permiso de paternidad, la individualización del permiso de lactancia, lo cual planteó si la normativa española se adecuaba a la Directiva 96/34 / CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental y su constitucionalidad. El art. 45.1 d) del ET, en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, contempla como causa de suspensión del contrato de trabajo la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores incapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. La finalidad de la declaración del despido nulo en los supuestos del art. 108.2 a) LPL y 45.1 d) ET es corregir la decisión empresarial que quiera prescindir de un trabajador por motivos no solamente ajenos a la relación laboral, sino vinculados a una circunstancia personal y familiar que vulnera el art. 14 de la CE y, en suma, garantizar el principio de no discriminación en el acceso y mantenimiento del empleo y la promoción profesional. Se trata, a lo último, de hacer realidad el mandato constitucional contenido en el art. 39.1 de la CE según el cual los poderes públicos garantizan la protección social, económica y jurídica de la familia. El trabajador que se encuentre en alguna de estas situaciones a que hacen méritos los artículos 108.2 a) y 45.1 d) ET goza de la presunción de que su despido obedece a estar en esas circunstancias correspondiendo al empresario justificar que su decisión extintiva es ajena o sin relación a la vulneración de un derecho fundamental. En tales casos el despido será declarado procedente o nulo, pero no cabe hacer declaración de improcedencia. C). Despido nulo de trabajadora embarazada. Una de las discriminaciones directas por razón de sexo es la pérdida del puesto de trabajo cuando el empresario conoce que la trabajadora va a ser madre. La interpretación que haya



de darse al artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en el apartado b) con relación al 108.2 b) LPL , que considera nulo el despido «de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad», salvo que se declare su procedencia por causas completamente ajenas al embarazo, ha suscitado un rico y controvertido debate, tanto doctrinal como judicial. Importa señalar que la Directiva 92/85 adoptó medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia; el artículo 10 de Directiva promueve la protección frente al despido de las trabajadoras «durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8 , salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales». Disponiendo su

artículo 2 que, por mujer embarazada, ha de entenderse «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales». El auténtico nudo gordiano del despido de la mujer trabajadora embarazada ha consistido en decidir si, para poder declararlo nulo, es suficiente con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida estando embarazada o, además, es necesario el hecho del conocimiento de la gestación por parte del empresario. Para la tesis de la nulidad objetiva o automática el legislador, al regular la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas, ha establecido que resulte indiferente el conocimiento o no por el empresario de la situación de embarazo, e incluso que lo sepa la propia trabajadora en el momento del despido. Se considera irrelevante el móvil del empresario, que puede obedecer o no a causas discriminatorias, por cuanto estamos ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho mismo del embarazo, y no subjetiva, no teniéndose en cuenta los motivos que han conformado la decisión de despedir. De este modo se pretende proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la propia de la tutela antidiscriminatoria, dispensándolas de la obligación de acreditar los indicios de discriminación. La calificación de nulidad del despido en estos casos únicamente cedería ante la prueba plena por el empresario de la existencia de una causa disciplinaria u objetiva que justifique su decisión extintiva, una vez acreditado por la trabajadora que estaba embarazada en el momento del despido. Por el contrario, para la tesis de la nulidad causal, a que se acogen otros pronunciamientos judiciales, el despido de una trabajadora embarazada, cuando el empresario desconoce el estado de gestación de la trabajadora, no puede ser considerado nulo; a lo más que se podría llegar sería calificado como improcedente si el despido carece de justificación legal. Para esta concepción se parte de considerar el despido por embarazo de la trabajadora como un despido discriminatorio por razón de sexo. Vincula la calificación de nulidad del despido a la existencia de un móvil discriminatorio, por lo que viene a ser decisivo el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo. Sin este conocimiento carece de fundamento presumir el trato discriminatorio en relación con el despido. El criterio a que se acogió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada fue, hasta fechas recientes, el de la nulidad causal. Así, en su Sentencia de Sala General de 19 julio 2006 (Rec. 1452/2005) , reiterado por la de 24 julio 2007 (Rec. 2520/2006 ) , exigía la trabajadora acreditase el empresario tuviera conocimiento del hecho de su embarazo , puesto que ello juega como indicio de la discriminación que alega y que, en definitiva, es lo que pretende proteger el Estatuto de los Trabajadores en estos supuestos, no exigiendo que se comunicara el embarazo pero sí que se probase su conocimiento por parte del empleador. Mas esta tesis defendida por el Alto Tribunal ha hecho crisis, experimentado un giro radical, en sus recientes sentencias [entre otras, de 17 octubre 2008 (Rec. 1957/2008), 16 enero 2009 (Rec. 1758/2008), 17 marzo 2009 (Rec. 2.251/2008) , 30 abril 2009 (Rec. 2428/2008) y 6 mayo 2009, (Rec. 2063/2008 )] en las que se abraza la tesis de la nulidad objetiva. En la variación de la doctrina de unificación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido una decisiva influencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio , en la que el máximo intérprete de la Carta Magna deja bien claro que la protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía. La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo, prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona ( art. 18 CE ) y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno, pues en nuestro ordenamiento jurídico interno no existe ninguna norma que obligue categóricamente a la trabajadora a comunicar formalmente al empresario su estado de embarazo. Aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión que parte así de un canon distinto a



la discriminación frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba "superando los niveles mínimos de protección" previstos en la Directiva"; ni tampoco es argumentable que la misma Exposición de Motivos haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo evidente la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, por razón de embarazo, esa finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio. En el fondo, lo que late en este cambio de postura propiciado por la STCO 92/2008, es la evidencia de una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante - junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativamente en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad. La mujer, en fin, viene siendo objeto de una doble discriminación, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas y cuidado de los hijos, y ello supone un factor de competencia desigual inadmisibles con los hombres en el acceso y promoción dentro del mercado de trabajo. Por ello es necesario erradicar esta lastimosa realidad mediante instrumentos de intervención pública. La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 92/2008, conozca o no el empresario su situación de embarazo, es digna de elogio, por cuanto toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Significar, ello no obstante, que fueron los Tribunales Superiores de Justicia los que se anticiparon tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal Constitucional en este nuevo enfoque de calificar como nulo el despido de la mujer trabajadora embarazada, - salvo que se declarase su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo mismo- , y así merece destacarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 Mayo 2008, en el Recurso de Suplicación 1049/2008, analizando exhaustivamente el Derecho Comunitario de aplicación y la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, terminando por afirmar nuestro Derecho interno -en concreto la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo - supera las previsiones de las Directivas Comunitarias. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente se ha de calificar como nulo, conosciere o no el empresario ese embarazo, a diferencia del despido discriminatorio, que, al haberse acordado precisamente en función del embarazo, requiere de forma obligada el conocimiento de esa situación. D). Otros supuestos de nulidad del despido. Pero además del despido de la trabajadora embarazada, que es declarado nulo, merece también esta calificación el de trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del art. 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley. Como también merece ser calificado de nulo el 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. "

Y en la segunda sentencia mencionada se razona que "El poder decisorio en la elección de los trabajadores pertenece al empresario. Pero en el supuesto actual ese poder estaba limitado, dada la situación de embarazo, y la garantía reforzada de estabilidad que motiva tal situación y que posibilita el control judicial sobre la decisión empresarial. La decisión empresarial de despedir a una concreta trabajadora no puede lesionar sus derechos fundamentales, de suerte que la decisión empresarial deberá reputarse nula cuando haya sido adoptada de forma discriminatoria por alguna de las causas reseñadas en el artículo 14 CE o atente, de cualquier forma, al derecho fundamental del trabajador en cuestión. Impugnada la decisión empresarial, el ordinario juicio de razonabilidad sobre la elección empresarial, cuyo alcance no suele exceder de los límites que impone el precepto, esto es, que la extinción -en su vertiente de determinación de los afectados- contribuya a la superación de situaciones económicas negativas, sin llegar a convertirse en un control de idoneidad, pasaba en principio por extinguir un puesto de trabajo que correspondiese al centro de Santander. Sin embargo, la concreta situación actual de embarazo, y el contenido del artículo 54.3.b del Estatuto de los Trabajadores, que califica como nula la decisión extintiva desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por riesgo o maternidad, obligaba a justificar que no existían otros trabajadores en la totalidad



de la empresa o trabajadoras que no se encontraran embarazadas, en el contexto global de la empresa, aunque la decisión respecto de éstos exigiera determinados reajustes o traslados de plantilla que pudieran ser inconvenientes. Solamente las causas económicas pueden exigir la consideración del conjunto de la empresa y actúan en este ámbito global de afectación, mientras que el resto de las causas -técnicas, organizativas o de producción- deben operar aisladamente en el centro o unidad donde se plantea la situación. Por ello no sería exigible en modo alguno que haya de buscarse una solución de movilidad funcional o geográfica antes de llevar a cabo el despido ( sentencias del TS de 13-02-02 (RJ 2002,3787), 19-3-02 (RJ 2002,5212) y 21-7-03 (RJ 2003,7165)."

Y por lo expuesto, procede la desestimación del motivo alegado.

**QUINTO.-** Como quinto motivo del recurso alega la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral , la infracción de normas sustantivas o jurisprudencia.

En primer lugar, la recurrente invoca la aplicación indebida de los artículos 8 y 13.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo , toda vez que la causa de discriminación alegada no era por razón de sexo - lo que conllevaría a probar la ausencia de discriminación- sino por haber pedido una excedencia por maternidad sin haber transcurrido nueve meses desde el parto o la finalización de la excedencia, por lo que la recurrente habría acreditado que la razón del despido lo eran causas económicas, y la interpretación del juzgador supondría exigirle una prueba diabólica.

No obstante, tales alegaciones deben ser desestimadas por cuanto acreditados en este caso la existencia de indicios de discriminación del art. 14 de la CE por razón de sexo amparada en la situación de excedencia por cuidado de hijo que había disfrutado la actora - tal y como hemos expuesto- se produce la inversión de la carga de la prueba correspondiendo a la empresa justificar probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva, sin que le sea exigible una prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino que lo que debe es acreditar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión, lo que la recurrente no ha acreditado.

Y en segundo lugar, considera la recurrente que en cuanto a la justificación de la elección de la trabajadora, no puede compartir los criterios de la sentencia de instancia en cuanto a que en la carta de extinción se obvia la circunstancia porque no existe obligación de hacerlo dado que la selección de los trabajadores afectados corresponde al empresario por el principio de dirección; alegaciones que deben ser rechazadas por los argumentos que han sido vertidos en el fundamento de derecho anterior de esta sentencia.

Añade la recurrente que la jurisprudencia que cita la sentencia no es aplicable porque la actora - que alegó la vulneración de un derecho fundamental- no lo acreditó y ha sido el juzgador el que lo ha deducido de forma indiciaria; lo que debe también rechazarse al haber acreditado la actora los indicios de discriminación alegados, tal y como se ha expuesto anteriormente en esta sentencia y resulta de los hechos probados de la sentencia de instancia.

Y finalmente alega que en la demanda no se alegó por la actora la circunstancia de la falta de justificación de la elección, por lo que no pudo decir nada en la contestación, y que la ley no exige la justificación de dicha elección en la carta extintiva, y no fue hasta el interrogatorio del representante de la demandada cuando se efectuaron aclaraciones al respecto, por lo que debe revocarse la sentencia para declarar la nulidad por insuficiencia fáctica , mandando reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia para que con libertad de criterio se pronuncie sobre si se dan las causas económicas esgrimidas por la empresa para extinguir el contrato; alegaciones que también deben ser desestimadas por cuanto como se ha expuesto, acreditada la existencia de indicios de discriminación, corresponde a la empresa acreditar que la decisión extintiva se debió a motivos ajenos a la discriminación del derecho fundamental y ello conlleva justificar por qué elige el puesto de trabajo de la actora frente al de otros trabajadores; y respecto a la solicitud de nulidad de la sentencia por insuficiencia fáctica es más propia de ser invocada al amparo del apartado a) que del c) - como por el contrario lo hace la recurrente- y debe ser también desestimada por cuanto la apreciación de la suficiencia o insuficiencia de hechos de una resolución es facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Superior debiendo la parte que estime carente de datos fácticos la sentencia de instancia utilizar la vía que le proporciona el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral . Y así razona la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1.995 : " ... ordinariamente, sólo podrá afirmarse que la narración histórica es insuficiente, cuando en ella no se recogen hechos de relevancia en el pleito. Pero en tales supuestos el camino que está al alcance de quien recurre en casación contra la sentencia de que se trate es el que establece el apartado d) del artículo 204 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1.990 - apartado d) del artículo 205 del Texto Refundido de 7 de abril de 1.995- ; esto es, la solicitud de que se revise o modifique dicho relato fáctico mediante la inclusión en él de los hechos omitidos por la sentencia impugnada,



basándose tal modificación en las pruebas documentales o periciales que obren en autos y que demuestren la realidad de esos hechos. Por ello, en estos casos los Tribunales laborales, desde mucho tiempo atrás, han venido manteniendo que es el propio tribunal que conoce del recurso a quien corresponde normalmente determinar la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados de la sentencia recurrida, sin que como norma general las partes puedan basar los motivos de sus recursos de casación de suplicación en esa particular alegación de nulidad de lo actuado, pues el cauce procesal que, para resolver esa insuficiencia, pueden utilizar las partes, es, como se acaba de decir, la pertinente adición o revisión fáctica basada en documentos o pericias obrantes en autos. Así lo ha proclamado con reiteración esta Sala IV del Tribunal Supremo en numerosas sentencias de las que mencionamos las de 4 y 7 de noviembre de 1.988, 7 de junio, 11 de octubre y 27 de diciembre de 1.989 y 21 de mayo de 1.990".

Y por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado, con confirmación de la sentencia de instancia.

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

## FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la mercantil CONSULTING DE INGENIERÍA EXTREMEÑO S-L contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Badajoz, en autos seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Lorena frente a la empresa recurrente, confirmamos la sentencia recurrida, imponiendo las costas procesales a ésta.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito que efectuó para recurrir y manténgase el aval que presentó hasta que se cumpla la sentencia de instancia o hasta que, en ejecución, se acuerde la realización. Se condena también a la recurrente al abono de las costas del recurso, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la impugnación en cuantía de 400 euros.

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

**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.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 300 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N° 1131 0000 66 - **23611**, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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.

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

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

## PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.