

Roj: STSJ CAT 533/2013 - ECLI:ES:TSJCAT:2013:533  
Id Cendoj: 08019340012013100428

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Barcelona

Sección: 1

Nº de Recurso: 6810/2012

Nº de Resolución: 286/2013

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2011 - 8056444**

mm

**ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA**

**ILMA. SRA. M. MARGAN BUSTO**

**ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

En Barcelona a 15 de enero de 2013

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

**SENTENCIA núm. 286/2013**

En el recurso de suplicación interpuesto por Estefanía frente a la Sentencia del Juzgado Social 27 Barcelona de fecha 23 de marzo de 2012 dictada en el procedimiento nº 1125/2011 y siendo recurridos Ministerio Fiscal y Natividad . 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 23 de marzo de 2012 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Natividad frente a Estefanía y siendo parte el Ministerio Fiscal , debo declarar y declaro NULO el despido de la actora, condenando a la citada demandada a abonarle una indemnización de 568,75 euros y los salarios de tramitación a razón de 758,33 euros/mes devengados desde la fecha del despido en 2-11-11 hasta la notificación de la presente resolución, absolviendo a la empleadora de los demás pretensiones contra ella deducidas."

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

"Primero. La actora Natividad ha prestado servicios como empleada de hogar por cuenta de la demandada Estefanía , en virtud de contrato verbal entre las mismas celebrado , con antigüedad de 26 de abril del 2011, percibiendo un salario de 700 euros/mes, y debiendo percibir un salario mensual bruto con inclusión de partes proporcionales de pagas extras, que no le eran abonadas por la empleadora citada, de 758,33 euros, por una jornada de 10 a 18 h. de lunes a viernes.

Segundo. El día 2-11-11 el sobrino de la demandada Pío , al que la actora le había dicho previamente que estaba embarazada, le comunicó verbalmente que no viniese más a trabajar, sin abonarle cantidad alguna por ningún concepto.

Tercero. Con posterioridad en 10-11-11, fue confeccionado el finiquito que obra en el ramo de prueba de la demandada por reproducida en su contenido, y que no le fue entregado ni pagado a la actora.

Cuarto. En 18-11-11 envió por burofax carta de igual fecha a la demandada del siguiente tenor literal : " Habiendo sido despedida de forma verbal el día 2 de noviembre del 2011, y siendo el único motivo de despido mi situación de embarazada les requiero para que me readmitan de forma inmediata ya que de lo contrario formularé demanda por despido", siendo recibida la misiva en 21-1-11, por la empleadora y no habiendo contestación alguna a la misma por aquella.

Quinto. La actora en 25-11-11 formuló papeleta de conciliación por despido contra la demandada, habiéndose celebrado el acto en 20-12-11 con el resultado de sin avenencia, tras comparecer al mismo la demandada manifestando que se oponía a la demanda por las razones que alegaría en el momento procesal oportuno.

Sexto. En 19-12-11 acudió al ABS Collblanc alegando ansiedad, insomnio y sentimientos de tristeza, estando gestante de 5 meses y medio aproximadamente, expidiéndose el informe médico que obra como documento núm. 3 en su ramo de prueba a petición suya.

Séptimo. Actualmente la actora se encuentra en avanzado estado de gestación.

Octavo. La demandada ha tenido como empleada de hogar, a temporadas, y con anterioridad a la actora, a la testigo Ariadna , que prestó servicios para aquella durante 3 meses y medio aproximadamente, en el año 2007, estando embarazada de unos 5 meses y medio y hasta que dió a luz."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Por la parte demandada se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando parcialmente la demanda formulada sobre despido, declaró la nulidad de la extinción del contrato de la actora de fecha 2 de noviembre de 2.011, condenando a la parte demandada a abonarle una indemnización de 568,75 euros, y a los salarios de tramitación a razón de 758,33 euros/mes devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la citada resolución, absolviéndola de las demás pretensiones contra ella deducidas. El presente recurso no ha sido impugnado.

Como primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte recurrente insta la reposición de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, alegando que la resolución recurrida infringe el principio de congruencia de las sentencias regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como el de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución , por considerar que su falta de motivación causa grave indefensión a la parte demandada.

Ha de partirse, para la resolución del motivo formulado, de que la doctrina jurisprudencial ha reiterado el "carácter excepcional" que ha de revestir la nulidad, exigiéndose no sólo los " defectos de forma" , sino que éstos hayan "*causado indefensión*" ( auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2.005 ), describiendo la doctrina constitucional la indefensión como un "*un concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estimen pertinente, puedan hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos...*". ( sentencias del Tribunal Constitucional 156/1986 , 64/1986 , 89/1986 , 12/1987 , 171/1991, todas ellas citadas por la de 2 de abril de 1.992 , así como 127/2001 ), debiendo completarse aquel concepto con la necesaria diligencia de parte, conforme a la cual no cabrá su estimación cuando "*por las circunstancias del caso, pueda deducirse que el afectado tuvo la oportunidad de defender sus derechos e intereses legítimos*" ( STC 15 de febrero de 1.993 ). Del mismo modo, en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución , y citado por la parte recurrente, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la indefensión es una "*noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su*

*propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales; y, por otro, que para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24.1 de la Constitución, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano judicial" ( SSTC 12/2001, de 28 de febrero, y 127/2001, de 18 de julio ).*

Por lo que respecta a la incongruencia alegada, la doctrina constitucional recaída en la materia ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución incluye *"el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 de la Constitución, es una exigencia derivada del artículo 24.1 de la Constitución, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos"* ( STC 182/2011, de 21 de noviembre -cita literal-, que reitera doctrina de la SSTC 61/1983, de 11 de julio, STC 13/1987, de 5 de febrero, y STC 248/2006, de 24 de julio, con cita de las SSTC 163/2000, de 12 de junio, 187/2000, de 10 de julio, y 214/2000, de 18 de septiembre ). Y continúa estableciendo la citada doctrina que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que *"no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva"*, si bien ha de conllevar la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en error patente ( SSTC 147/1999, 256/2000, de 30 de octubre; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre, 55/2003, de 24 de marzo, y 213/2003, de 1 de diciembre ). Resulta exigible, por tanto, a los órganos judiciales, que la resolución sea fundada en Derecho, y, con ello, consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad, sin que pueda considerarse cumplida con la mera emisión de voluntad en un sentido u otro ( SSTC 61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de junio; 116/1986, de 8 de octubre, 75/1988, de 25 de abril; y 182/2011, de 21 de noviembre). Asimismo, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha mantenido que la incongruencia debe valorarse *"en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes -lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir, y hechos constitutivos- y la respuesta o fallo judicial"*, sin que esté, con ello, permitido a los órganos judiciales otorgar más de lo pedido (incongruencia "ultra petitum"), ni resolver sobre cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado por las partes (incongruencia "extra petitum") o no resolver alguna de las pretensiones deducidas oportunamente por las partes ("incongruencia omisiva") ( SSTC 1 de diciembre de 1.998 y 5 de junio de 2.000 ).

La parte recurrente fundamenta la incongruencia alegada en la ausencia de acreditación de los hechos que la magistrada de instancia declara probados, en particular, en relación a que la empleadora tuviese conocimiento del embarazo de la demandada, así como a que éste fuese el motivo de extinción de la relación laboral. Teniendo por objeto el motivo formulado el relato fáctico contenido en la resolución de instancia, su articulación debió producirse por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debiendo recordarse que la doctrina jurisprudencial ha reiterado que la insuficiencia de hechos probados sólo dará lugar a la nulidad de la sentencia en aquellos supuestos en que la resolución no haya reflejado todos los hechos del debate procesal relevantes para la decisión del Juez a quo, y para la eventual solución del recurso, causantes de indefensión ( sentencia de 19 de diciembre de 1989, 22 de octubre de 1.991 ). Por otra parte, la Jurisprudencia ha matizado que las irregularidades formales o de redacción, así como la indicación en la fundamentación jurídica de los que se estimen probados, o la remisión a documentos obrantes en autos, no tienen fuerza invalidante de la resolución judicial por sí mismas ( sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre y 9 de diciembre de 1.989 ), considerando la anulación de la sentencia por tal causa como última ratio, para el supuesto en que las omisiones en que haya incurrido la decisión judicial no pueda subsanarse por una u otra vía ( sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1.989, y sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 23 de octubre de 2002, 14 de junio de 2.011, y 24 de enero de 2.012 ).

En aplicación de tal doctrina, sin perjuicio de que la parte podría haber instado la modificación del relato fáctico contenido en la resolución recurrida, lo que no ha efectuado, en ésta, y particularmente en su fundamento jurídico sexto, se contiene una suficiente motivación sobre la valoración de los medios probatorios que han conducido a la juzgadora a formar su convicción en relación a los extremos alegados, aludiendo a cada uno de los medios probatorios practicados, así como a la credibilidad otorgada a la declaración testifical. Por ello, no estimamos que la resolución vulnere en modo alguno lo dispuesto en el artículo 97.2 de la

Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ni el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, de conformidad con la interpretación del mismo efectuada por la Jurisprudencia. En suma, sin perjuicio de dirimir sobre la aplicación normativa efectuada al resolver sobre el segundo de los motivos del recurso, no estimamos que la resolución se aparte del objeto del debate, sino que, por el contrario, contiene una suficiente motivación sobre las razones que conducen a la estimación parcial de la demanda. Por todo lo expuesto, decae el primero de los motivos formulados por la parte recurrente.

**SEGUNDO** .- Como segundo motivo del recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193, apartado c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte demandada recurrente denuncia la infracción de los artículos 9 y 10 del Real Decreto 1424/1985 , en concreto, por inaplicación de los artículos 9.11 y 10.2, y por aplicación indebida del artículo 10.1, así como Jurisprudencia recaída en la materia.

Alega la parte recurrente que procede la declaración de extinción de la relación laboral por desistimiento de la empleadora, ante el reconocimiento efectuado por el ordinal fáctico segundo y fundamento jurídico tercero de la resolución de instancia de que se le manifestó "que no viniese más a trabajar" y se dieron los teléfonos para el cálculo de los siete días de desistimiento.

En aras a resolver el objeto del recurso, ha de partirse del pacífico relato fáctico, del que se desprende que la actora prestaba servicios como empleada de hogar por cuenta de la demandada, con antigüedad de 26 de abril de 2.011, y las condiciones laborales descritas en el ordinal fáctico primero, que se dan por reproducidas. El día 2 de noviembre de 2.011, el sobrino de la demandada, don Pío , al que la actora había dicho previamente que estaba embarazada, le comunicó verbalmente que no viniese más a trabajar, sin abonarle cantidad alguna por ningún concepto. Con posterioridad, en fecha 10 de noviembre de 2.011, fue confeccionado el finiquito, que no fue entregado ni pagado a la actora. El 18 de noviembre de 2.011, la actora envió por burofax carta de igual fecha a la demandada, con el contenido que igualmente se da por reproducido, y que fue recibido por la parte demandada.

Comenzando por la normativa citada como infringida, el artículo 9 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (vigente hasta el 18 de noviembre de 2.011, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011), regula, entre las causas de extinción del contrato -y ciñéndonos a las normas invocadas en el recurso-, el despido ( apartado 10) y desistimiento del empleador (apartado 11), contemplando el artículo 10 del mismo cuerpo legal , en su apartado 1, el despido disciplinario del trabajador, y, en el apartado 2, el desistimiento por el empleador. Respecto a este último, se establece la obligatoriedad de concesión de un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días, en tanto en los demás supuestos será de siete días, pudiendo sustituirse por una indemnización equivalente a los salarios en metálico de dicho período; del mismo modo, se impone, simultáneamente a la comunicación de extinción por el empleador, la puesta a disposición del trabajador de la indemnización prevista en el artículo 9.3 del citado Real Decreto (salario en metálico correspondiente a siete días naturales multiplicado por el número de años de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades).

La cuestión relativa a si el cese sin motivación causal de la relación laboral de empleados de hogar debe considerarse como un despido o un desistimiento, así como sobre la naturaleza, como requisitos "ad solemnitatem" o no, del preaviso y puesta a disposición, ha sido resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, señalando que *"una de las peculiaridades fundamentales del régimen especial que se asigna a la relación de trabajo de los empleados de hogar, radica en que su extinción, desde el punto de vista del dueño de casa, puede tener lugar: por despido del trabajador, o por desistimiento del empleador (art. 9, núms. 10 y 11); peculiaridad que se explica dado que la tarea desempeñada lleva de suyo, y por regla, una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia. Pero esa alternativa que al empresario se ofrece, y que paralelamente sufre el trabajador, en los términos que explica el art. 10, se sujeta a una exigencia igualmente sustancial: la claridad. El dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; y ello por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos mas dilatados, que además son de prescripción (...). Se parte en instancia y en suplicación de que, o se despide con comunicación escrita que indica el incumplimiento imputado, o hay que pensar que se trata de un desistimiento, salvo prueba*

*en contrario que correspondería a la trabajadora. La alternativa carece, ante todo, de respaldo legal, porque la comunicación tanto es necesaria en el despido, para que el se pide "notificación escrita" (art. 10.1) como en el desistimiento, donde se alude cabalmente a una "comunicación de extinción" (art. 10.2). En realidad, la perspectiva que debe adoptarse es la ya expuesta con carácter general en el apartado anterior. Es decir: el desistimiento lleva consigo un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida; tales exigencias no aparecen, en la letra de la ley, como un requisito de sustancia (ad solemnitatem); pero, o bien el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente (facta concludentia). Lo que desde luego debe rechazarse, se repite, es que el empleador se limite a decir a la empleada que se marche, y que sea ésta la que tenga que adivinar qué hay tras esas palabras: un despido o un desistimiento; y además, si piensa que es un despido, probarlo suficientemente" ( sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2.002 y 27 de junio de 2.008 ).*

Del mismo modo, la doctrina de esta Sala ha reiterado, a efectos de delimitar cuándo estamos ante el desistimiento y cuándo ante el despido en la relación laboral especial de empleados de hogar, que, si bien ambos son supuestos de voluntad unilateral de quien actúa como empresario, la posibilidad de acudir al desistimiento del empleador no sujeto a justificación alguna exige el cumplimiento de los requisitos que señala el artículo 10 del Real Decreto 1424/1985 , a saber, la concesión de un plazo de preaviso al trabajador, y la puesta a disposición del empleado de la indemnización aparejada al cese por desistimiento, por lo que si no existió plazo de preaviso en los términos previstos en la normativa citada ni tampoco hubo ofrecimiento de la indemnización correspondiente al cese por desistimiento, ni sustitución del plazo de preaviso por el abono de salarios, hemos de entender que nos hallamos ante un supuesto de despido, dado que, de no efectuarse esta interpretación, llegaríamos a la conclusión de que se hace de peor condición al empleador que expresa la causa que a aquel que no lo hace basándose en su facultad de desistir del contrato ( sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 1.998 , 2 de septiembre de 1.999 , 19 de junio de 2.001 , y 19 de septiembre de 2.012 )

En aplicación de la doctrina expuesta, no puede entenderse que la manifestación a la actora de que "no viniese más a trabajar" pueda considerarse un acto de desistimiento por la empleadora, al no haberse acompañado ni del plazo de preaviso o su sustitución por el abono de salarios, ni de la puesta a disposición de la indemnización que conlleva el cese por desistimiento. En definitiva, no puede presumirse que la voluntad de la empleadora era la de desistir del contrato, al no desprenderse del relato fáctico que ello se explicitase, ni poder deducirse de hecho concluyente alguno, y no haberse abonado importe alguno a la trabajadora, pese a confeccionarse un finiquito, ocho días después del cese, por la empleadora. Por ello, no puede imponerse a la actora la carga de discernir sobre si el cese se producía por despido o desistimiento, con las consecuencias legales a ello inherentes, debiendo concluirse que nos encontramos ante un cese constitutivo de despido. Decae, por ello, el segundo de los motivos del recurso en relación a este particular.

**TERCERO** .- Dentro del motivo de infracción normativa y jurisprudencial, de forma subsidiaria, la parte demandada recurrente interesó que se mantuviese la declaración de improcedencia, y no nulidad, de la extinción de la relación laboral, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2.006 .

Como fundamento de su pretensión, alega la parte recurrente que no resulta de aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , al encontrarnos ante una relación laboral de carácter especial, por lo que procede aplicar el criterio recogido en la sentencia invocada, en tanto establece la necesidad, a efectos de declarar el despido nulo por embarazo, de que la trabajadora acredite que el empresario conocía su estado de gestación.

De la disposición adicional del Real Decreto 1424/1985 se desprende la aplicabilidad de la nulidad del despido, y, en concreto, del precepto citado, ante la falta de previsión de aquél en la referida norma, habiendo sido tal criterio acogido por anteriores pronunciamientos de esta Sala (sentencia de 19 de febrero de 2.010 ). Y, por lo que se refiere a la necesidad de conocimiento por la empresaria del estado de gestación de la trabajadora, del relato fáctico, respecto al que no ha sido instada la modificación, se desprende que la trabajadora, previamente a la extinción de la relación, había comunicado al sobrino de la demandada (que trataba con aquélla por delegación de su tía) que estaba embarazada.

A mayor abundamiento, y dicho sea a los meros efectos dialécticos (por partirse del previo conocimiento empresarial del estado de gestación), la doctrina invocada por la parte recurrente en la actualidad se encuentra superada. Así, la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, si bien en un principio sostuvo que era necesario -a efectos de declarar la nulidad del despido- 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 contradicción por la cuestión del conocimiento o desconocimiento del embarazo por parte de la empresa, abordándose de lleno por 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 ) . Tal como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2.011 , " *partía allí la Sala de considerar que el despido de la mujer embarazada constituía un supuesto particular de despido discriminatorio y rechazaba de este modo la tesis de la "nulidad objetiva", que abogaba por aplicar la nulidad prescindiendo del móvil de la decisión extintiva. Esa postura jurisprudencial fue rectificada en la STS 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 -*), en la que se acogía el criterio de la STC 92/2008, de 12 de julio . En ésta última el Tribunal Constitucional entró a valorar el alcance del art. 55.5 ET para sostener que el legislador optó por un desarrollo del art. 14 CE incrementando incrementando las garantías al no exigir el requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora. Rechazando la suficiencia de los criterios interpretativos contrarios - y entendiendo vulnerado por ello el art. 24 CE -, concluía así el TC 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».*

Proyectando tal doctrina al objeto del recurso, acreditada la concurrencia del embarazo en el momento en que se produjo la decisión extintiva empresarial, y, más aún, el conocimiento empresarial (requisito éste, reiteramos, actualmente innecesario), sin que haya resultado acreditada la procedencia de la decisión extintiva por causas ajenas al embarazo, no se estima que la resolución recurrida haya incurrido en infracción normativa alguna al calificar como nulo el despido, procediendo la desestimación del motivo formulado asimismo en relación a este particular.

**CUARTO** .- Restaría por analizar la alegación efectuada por la parte actora recurrente, dentro del motivo de infracción normativa y jurisprudencial, relativa a la inaplicabilidad al supuesto objeto del recurso del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , en materia de devengo de salarios de tramitación, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2.002 .

Entendiendo esta última referencia efectuada, por error material, a la sentencia del Alto Tribunal de 5 de junio de 2.002 , y, en concreto, por lo que respecta al punto 5 del fundamento de derecho tercero de tal resolución, invocado expresamente en el recurso, textualmente establece que *"la conclusión a que se llega es la de que estamos ante un despido, calificable como improcedente, pues ello es lo que implica el incumplimiento por el empleador de los requisitos para formalizar el despido". Esta calificación proporciona:* a) *el derecho a una indemnización principal equivalente "al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prorrogas, con el límite de doce mensualidades" ( art. 10.1). Ante lo escueto de la regla especial, hay que acudir como complementaria a la regla común contenida en el art. 56.1.b/ del ET : "...por años de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año". b) Pero no el derecho a salarios de tramitación: ante todo, carecemos de un pronunciamiento de contraste que reúna la exigencia de la contradicción, como se explicó más arriba; en cualquier caso, la argumentación de la recurrente se constriñe a resaltar que la disposición adicional única ordena: "en lo no previsto en la presente norma [el RD 1424/1985] será de aplicación la normativa laboral común", o sea, el art. 56 del ET , en cuanto asigna los llamados salarios de trámite; en rigor, sin embargo, falta el antecedente de esta proposición lógica: el art. 10.1 del RD sí prevé cuáles son las consecuencias económicas del despido improcedente, y entre ellas no aparece mencionada esa partida reparadora".* Conforme se desprende del propio tenor literal reproducido, la resolución del Alto Tribunal no entra a resolver sobre la procedencia de los salarios de tramitación, a cuyo abono no condena a la parte demandada, pero respecto a la que carece de un pronunciamiento de contraste que reúna la exigencia de la contradicción, limitándose a reproducir la argumentación de la parte recurrente.

Por su parte, la doctrina de esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre tal cuestión, considerando que en supuestos de improcedencia del despido en la relación laboral de empleados de hogar no se devengan salarios de tramitación, al no preverlos el artículo 10.1 del Real Decreto 1424/1985 cuando regula las consecuencias económicas reparadoras del despido improcedente ( sentencias de esta Sala de 11 de enero de 2.007 , 1 de febrero de 2.008 y 13 de enero de 2.011, con cita de las de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, de 2 de junio de 2.009 y 4 de junio de 2.010, País Vasco, de 14 de enero de 2.003 , y Castilla y León, de 30 de abril de 2.002).

Ahora bien, el supuesto que nos ocupa no resulta coincidente con los contemplados en las resoluciones citadas, sino que nos hallamos ante un despido declarado nulo, al que se han aplicado los efectos del despido improcedente. Y, respecto a tal materia, la doctrina tanto de esta Sala como de otras Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, han considerado que, no encontrándose expresamente contemplado el despido nulo por el Real Decreto 1424/1985, en los supuestos en que se modulen sus efectos con los propios del despido improcedente, procede el devengo de salarios de tramitación, al reconducirse precisamente tales efectos a los del despido improcedente regulado en la normativa común. Así, la propia sentencia invocada por la parte demandada recurrente, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 24 de noviembre de 2.008 , dada precisamente la declaración de nulidad del despido, y aún en el supuesto de no instarse como indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales (la cual sí fue interesada en las presentes actuaciones, si bien desestimada en la instancia), considera que *"resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores "*. Del mismo modo, la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2.010 estimó, en supuesto de nulidad de despido de empleada de hogar, que se devengaban los salarios de tramitación, criterio coincidente con el aplicado por otros Tribunales Superiores (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 7 de septiembre de 2.010).

Por todo ello, procede desestimar el motivo de infracción normativa y jurisprudencial formulado en relación a este particular, confirmando la resolución recurrida en relación al devengo de salarios de tramitación, lo que conduce a la desestimación del recurso, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por doña Estefanía contra la sentencia dictada en fecha 23 de marzo de 2.012 por el Juzgado de lo Social número 27 de Barcelona en autos sobre despido seguidos con el número 1125/2011, a instancia de doña Natividad contra la parte recurrente, 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 El Banco Español de Crédito - BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 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 BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 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.