

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 942/2017 de 28 noviembre

RJ\2017\5657



DESPIDO NULO: salvo que sea procedente, el despido de trabajadora embarazada constituye una discriminación por razón de sexo con independencia del conocimiento por el empresario.

ECLI:ECLI:ES:TS:2017:4405

Jurisdicción:Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 3657/2015

Ponente:Excmo Sr. Luis Fernando de Castro Fernández

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora conrea la Sentencia del TSJ de Madrid, de fecha 16-02-2015, dictada en autos promovidos sobre despido, que es revocada y resolviendo el debate suscitado en Suplicación estima el de tal clase formulado por la trabajadora y declara nulo el despido del que la misma fue objeto.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3657/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 942/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 28 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado Sr. Del Alamo Enriquez, en la representación que ostenta Dña. María Inés , contra la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en 16 de febrero de 2015 \(PROV 2015, 88145\)](#), [recurso de Suplicación nº 711/2014], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, autos 757/2013, en virtud de demanda presentada por la misma parte frente a FRAG COMERCIO INTERNACIONAL S.L, sobre DESPIDO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 19 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando la demanda promovida por entre D^a. María Inés frente a FRAG COMERCIO INTERNACIONAL S.L declaro la improcedencia del despido de fecha 04-05-2013 , condenando al demandado a la readmisión de la trabajadora en iguales condiciones y en este caso al abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta notificación de esta sentencia ,a razón de 24,173 euros/ día o al abono de una indemnización por importe de 531,806 euros,- Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que corresponde al Fondo de Garantía Salarial.».

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- La demandante Dña. María Inés han venido prestando Servicios por cuenta y orden del demandado desde 05-10-2012, mediante contrato de trabajo verbal ,siendo dada de alta en la seguridad social en dicha fecha, con la categoría profesional de DEPENDIENTA y un salario mensual de 725,19 euros brutos mensuales con prorrata de pagas extras, según convenio.- SEGUNDO.- Dicha prestación tuvo lugar hasta el día 04-05-2013 en que la el empleador comunico mediante carta a la trabajadora el despido , en los términos que consta en el folio 5 de autos y que se da por reproducida a todos los efectos.- TERCERO.- Se agotó la vía previa administrativa. CUARTO.- La

actora desiste de la reclamación de cantidad.- QUINTO.-La demandante no ha ostentado en el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores».

TERCERO

Con fecha 14 de noviembre de 2013 se dictó auto de aclaración en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la aclaración solicitada por la Letrada D^a. SILVIA SANTIAGO PEREZ, en nombre y representación de la parte actora D^a María Inés , resulta forzoso aclarar la resolución en su día dictada en el sentido siguiente: FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO, debe añadirse: *PRIMERO.- Alega la actora la nulidad del despido en primer lugar ,considerando que le mismo tuvo lugar por su condición de embarazada, en este caso es aplicable lo dispuesto en la [Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008 de 21 de julio \(RTC 2008, 92\)](#) que en su fundamento de derecho cuarto dispone: "4. Resultando inequívoco, conforme a nuestra doctrina, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora -o por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo ([STC 17/2007, de 12 de febrero \(RTC 2007, 17\)](#) , FJ 6)-, constituye una discriminación por razón de sexo, en el asunto ahora considerado, como en los analizados en nuestras [SSTC 41/2002, de 25 de febrero \(RTC 2002, 41\)](#) , y [17/2003, de 30 de enero \(RTC 2003, 17\)](#) , así como, desde una perspectiva diferente, en la [STC 62/2007, de 27 de marzo \(RTC 2007, 62\)](#) , la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada.- Como hemos señalado en otras ocasiones, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación -extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del [art. 14 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4 , y 17/2003, de 30 de enero , FJ 4, «para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta*

de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio»".- Aplicando lo dispuesto en esta doctrina ,por demás reiterada ,no se ha acreditado por la actora mediante un indicio razonable que el despido obedeciera a su embarazo, no pudiéndose invertir aquí la carga de la prueba y por tanto desestimándose la petición de nulidad del despido.- Con respecto a la improcedencia y valorando la injustificada incomparecencia ..."

CUARTO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de Dña. María Inés , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó [sentencia en fecha 16 de febrero de 2015 \(PROV 2015, 88145\)](#) , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. María Inés contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 25 de los de Madrid, de fecha 19 de septiembre de 2013 en virtud de demanda formulada por la recurrente contra Frag Comercio Internacional, S.L., en reclamación sobre despido, y confirmamos la sentencia de instancia en su integridad».

QUINTO

Por el Letrado Sr. Del Alamo Enriquez, en la representación que ostenta Dña. María Inés , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por esta Sala de lo Social, de [17 de octubre de 2008 \(Rec. 1957/2007 \) \(RJ 2008, 7167\)](#) .

SEXTO

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- Se recurre en las presentes actuaciones la [STSJ Madrid 16/Febrero/2015 \(PROV 2015, 88145\)](#) [rec. 711/14], confirmatoria de la sentencia dictada en

19/Septiembre/2013 por el J/S nº 25 de Madrid, que había declarado la improcedencia del despido de que a fecha 04/05/13 había sido objeto la trabajadora -en situación de embarazo, cuyo conocimiento por la empresa no consta-, alegando una contratación temporal verbal y ni tan siquiera acreditada.

2.- Se interpone recurso de casación unificadora por la empleada, alegando infracción del [art. 55.5.b\) ET \(RCL 2015, 1654\)](#) y señalando como contradictoria la [STS 17/10/08 \(RJ 2008, 7167\)](#) [rcud 1957/07], que en idéntico supuesto de cese injustificado de trabajadora embarazada, sin conocimiento de la gestación por el empresario, excluye la calificación de improcedencia y califica el despido como nulo. Con lo es palmario que se cumple la exigencia impuesta por el [art. 219 LJS \(RCL 2011, 1845\)](#) y relativa al contraste -contradicción- entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, [SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15 \(RJ 2017, 4100\)](#) -; [18/07/17 -rcud 1532/15 \(RJ 2017, 3546\)](#) -; y [19/07/17 -rcud 3255/15 \(RJ 2017, 3386\)](#) -).

SEGUNDO

1.- Corrigiendo inicial criterio al respecto, desde la referencial [STS 17/10/08 \(RJ 2008, 7167\)](#) [rcud 1957/07], esta Sala ha venido reproduciendo la doctrina del [Tribunal Constitucional \[STC 92/2008, de 21/Julio \(RTC 2008, 92\)](#)] sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido -no justificado- de la trabajadora se produzca estando la misma gestante, aunque el empleador no tenga conocimiento del embarazo (siguiendo la citada como contraste, [Sentencias 16/01/09 \(RJ 2009, 1615\)](#) -rcud 1758/08 -; [17/03/09 \(RJ 2009, 2203\)](#) -rcud 2251/08 -; [13/04/09 \(RJ 2009, 2226\)](#) -rcud 2351/08 -; 30/04/09 -rcud 2428/08 -; [06/05/09 \(RJ 2009, 2639\)](#) -rcud 2063/08 -; [18/04/11 \(RJ 2011, 5814\)](#) -rcud 2893/10 -; 25/01/13 -rcud 1144/12 -; y [14/01/15 -rco 104/14 \(RJ 2015, 747\)](#) -).

2.- Nuestra doctrina puede resumirse en los siguientes términos: 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 \(RCL 1978, 2836\)](#)], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos ... 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 \(RCL 1999, 2800\)](#) ... 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 \(LCEur 1992, 3598\)](#) [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» (literalmente, STS 06/05/09 -rcud 2063/08 -).

TERCERO

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser anulada. Sin imposición de costas [[art. 235.1 LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)].

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), esta Sala ha decidido

1º

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña María Inés .

2º

Revocar la [sentencia dictada por el TSJ Madrid en fecha 16/Febrero/2015 \(PROV 2015, 88145\)](#) [rec. 711/14], que a su vez había confirmado la resolución -parcialmente estimatoria de la demanda- que en 19/Septiembre/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 25 de los de Madrid [autos 757/13].

3º

Resolver el debate suscitado en Suplicación estimando el de tal clase formulado por la trabajadora y declarando nulo el despido del que la misma fue objeto en 05/05/2013, condenando a la empresa demandada «FRAG COMERCIO INTERNACIONAL, SL» a la readmita inmediatamente y le abone los salarios dejados de percibir desde aquella fecha, a razón de 24,173 euros/día.

Sin imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.