

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
Sentencia 609/2021, de 18 de junio de 2021
Sala de lo Social
Rec. n.º 286/2021

SUMARIO:

Despido sin causa de mujer embarazada conociendo el empresario su situación. Discriminación por razón de sexo. Determinación de si existe nulidad objetiva o nulidad por vulneración de derechos fundamentales. Procedencia de indemnización por daños morales. El artículo 55.5 del ET otorga una garantía objetiva y automática consistente en establecer una protección reforzada a favor de la mujer directamente vinculada a la no discriminación por razón de sexo. Lo único que tiene que probar la trabajadora es el embarazo que, por sí mismo, constituye por disposición legal un indicio suficiente. No puede llevarse a cabo una interpretación restrictiva del precepto legal y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que priven a aquel de las garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podría razonablemente entenderse amparada en su determinación personal. Dentro de estas garantías se encuentra el reconocimiento de una indemnización por haber sido víctima de un despido nulo por causa directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. En el caso presente, la empresa no ha acreditado la procedencia de causa alguna para despedir a la trabajadora. En este contexto, no puede pretenderse que el despido sea nulo sobre la base de una objetividad aséptica, no intencional, de legalidad ordinaria, desconectada del factor de discriminación y que no presupone actuación vulneradora alguna. Lograda la calificación de nulidad del despido como consecuencia del estado de embarazo, el despido debe entenderse discriminatorio, por lo que resulta indiferente que la protección que otorga la nulidad derive de un previo acto de despido nulo por causa objetiva o subjetiva, intencional o no intencional. Es indiferente porque lo que tenía que haber hecho el empresario para evitarlo es excluir cualquier propósito contrario al derecho fundamental en juego, es decir, tenía que haber logrado la procedencia del despido. Tal es el diseño legal. Es así, porque no se puede aplicar una interpretación restrictiva de la protección reforzada. La razón radica en que en el despido de la trabajadora embarazada concurre, por disposición legal, un indicio de vulneración de un derecho fundamental y, precisamente por eso, es nulo si no se declara su procedencia que es lo que destruye el indicio. Su nulidad tiene un basamento y causa constitucional. Entender lo contrario y concluir que se trata de causa de nulidad objetiva y que, por tanto, no presupone actuación vulneradora alguna por parte del empleador, supone desvincular la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas del derecho a la no discriminación por razón de sexo, esto es, del artículo 14.2 de la CE. O lo que es lo mismo, se rebaja la protección legalmente reforzada desde el prisma constitucional para situarla en un plano de protección de nulidad de estricta legalidad ordinaria: porque lo dice la ley es nulo, sin más consideraciones. En cuanto a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, se aprecia la existencia de daños morales derivados de la consideración del impacto psíquico que el despido ha tenido en la trabajadora. La indemnización por daños morales, derivada de la vulneración de un derecho fundamental, se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad, etc., que la citada vulneración haya podido producir a la trabajadora. Existe, por tanto, un daño psicológico que se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole. Se reconoce el derecho a percibir la indemnización de 6.251 euros, con base en el artículo 40 de la LISOS, por lesión del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 55.5.
Constitución Española, art. 14.
RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), art. 40.
Ley 36/2011 (LRJS), arts. 182.1 d) y 183.

PONENTE:

Doña María del Rosario García Álvarez.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS
Ilma. Sra. D^a. MARÍA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ
Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

En la Villa de Madrid, a DIECIOCHO DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por la/los Ilma/os. Sra/es. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 286/2021, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. ANGEL COZAR RODRIGUEZ, en nombre y representación de D^a. María Angeles contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2020, aclarada por auto de 21 de diciembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de MADRID, en sus autos número 282/2020, seguidos a instancia de la recurrente contra MOOVE SERVICIOS COMPARTIDOS SL, SIARGAO DIRECTORSHIP, S.L. y MINISTERIO FISCAL sobre Despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero:

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo:

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO. La demandante D^a María Angeles ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada MOOVE SERVICIOS COMPARTIDOS SL mediante contrato de trabajo con antigüedad reconocida desde el 27/6/2019 (doc. 1 de la demandada) con categoría de oficial 2^a administrativa, con un salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas de 1.500 euros (documental e incontrovertido).

SEGUNDO. En fecha 24/1/2020, la empresa despide a la parte actora, con fecha de efectos de ese mismo día mediante carta de despido que obra unida a las actuaciones y se da íntegramente por reproducida.

TERCERO. La empresa por este concepto de despido improcedente, ha sido incontrovertido que se abonó a la trabajadora la cantidad de 985,48 euros (incontrovertido).

CUARTO. La trabajadora al tiempo de despido estaba embarazada (documento 2 aportado por la trabajadora que se da por reproducido).

QUINTO. Se celebró el preceptivo acto de conciliación, con resultado sin efecto por no comparecencia de la demandada (documento de la demanda).

SEXTO. La parte actora no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores.

Tercero:

En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo la demanda interpuesta por D^a María Angeles, contra SIARGAO DIRECTORSHIP, S.L., MOOVE SERVICIOS COMPARTIDOS SL., y MINISTERIO FISCAL con las consecuencias inherentes a dicha declaración, condenándose a la Empresa empleadora MOOVE SERVICIOS COMPARTIDOS SL a la readmisión inmediata de la trabajadora con las mismas condiciones laborales que disfrutaba con anterioridad al Despido, y con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la efectividad del mismo (24/1/2020) hasta la fecha de la notificación

de la presente resolución a la demandada, con devolución, en su caso, de la cantidad que hubiera podido percibir en concepto de indemnización por despido, que en este caso ascendió a 985,48 euros.

Se absuelve al resto de codemandadas de los pedimentos de la demanda."

Cuarto:

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 21 de diciembre de 2020, emitiéndose el siguiente fallo o parte dispositiva:

"SE ACUERDA SUBSANAR la omisión advertida en Sentencia de fecha 21/10/2020, quedando recatado el Fallo en los siguientes términos:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por D^a María Angeles, contra SIARGAO DIRECTORSHIP, S.L., MOOVE SERVICIOS COMPARTIDOS SL., y MINISTERIO FISCAL con las consecuencias inherentes a dicha declaración, condenándose a la Empresa empleadora MOOVE SERVICIOS COMPARTIDOS SL a la readmisión inmediata de la trabajadora con las mismas condiciones laborales que disfrutaba con anterioridad al Despido, y con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la efectividad del mismo (24/1/2020) hasta la fecha de la notificación de la presente resolución a la demandada, con devolución, en su caso, de la cantidad que hubiera podido percibir en concepto de indemnización por despido, que en este caso ascendió a 985,48 euros.

Se absuelve al resto de codemandadas de los pedimentos de la demanda."

Quinto:

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Sexto:

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 9 de abril de 2021 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

Séptimo:

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 2 de junio de 2021, señalándose el día 16 de Junio de 2021 para los actos de votación y fallo.

Octavo:

En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero:**

1. La sentencia de instancia ha declarado la nulidad del despido de la trabajadora demandante al haberse producido el mismo durante su situación de embarazo. En la demanda rectora de las actuaciones se solicitó una indemnización adicional de daños y perjuicios por importe de 6.251 euros, por aplicación del parámetro previsto en el art. 40 LISOS para las faltas muy graves, al considerar que es evidente que la empresa al despedir estando embarazada lesiona su derecho constitucional a no ser discriminada por razón de sexo, por lo que debe ser resarcida por el daño ocasionado.

2. Esta última pretensión, omitida inicialmente en la sentencia, no fue acogida por el auto dictado en el recurso de aclaración instado por la demandante. En dicho auto se razona que la indemnización no procede por cuanto no se ha desglosado y determinado cuáles son los concretos daños y perjuicios que han sido irrogados a la demandante. A mayor abundamiento, añade que la parte actora no ha ejercitado ni una sola prueba ni aportado un nuevo indicio de los daños o de los perjuicios que ha sufrido y que se desconocen (art. 217 LEC).

3. La trabajadora recurre en suplicación para mostrar su disconformidad jurídica con la desestimación de la indemnización solicitada. A tal efecto, formula un único motivo de suplicación articulado por el cauce del apartado

c) del art. 193 de la LRJS. En él se denuncia la infracción de la jurisprudencia contenida en las SSTS de 19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016; de 24 de octubre de 2019, rec. 12/2019; y de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017.

4. Argumenta que tanto del art. 183.1 de la LRJS como de la jurisprudencia citada se desprende que los daños morales son indemnizables, daños que existen por el solo hecho de la actuación vulneradora o de la mera acreditación de la lesión que considera consustancial a la declaración de nulidad del despido por la causa del apartado b) del art. 55.5 del ET. A continuación, parte de la legitimidad de tomar como referencia la LISOS y arguye que la indemnización no solo tiene una finalidad resarcidora del daño sino de prevención general de conductas semejantes.

5. La empresa, si bien no compareció al acto del juicio en la instancia, sí lo hace en esta sede de suplicación para oponerse al recurso por medio de la impugnación. Alega en su escrito que el art. 55.5 del ET contiene dos bloques diferenciados: 1) el despido que tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o el despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; y 2) el despido producido en cualquiera de las situaciones contempladas en los apartados a) a c), entre ellos, el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a).

6. A continuación, tras recordar las SSTS de 17 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009 y aludir a la protección objetiva y reforzada que se dispensa al embarazo, cita las sentencias de este TSJ, sección tercera, de 23 de julio de 2020 y de 22 de febrero de 2019, en las que se niega la indemnización adicional con el siguiente argumento:

En el referido precepto (el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) no se establece de forma taxativa que el trabajador haya de percibir una indemnización en todo caso en el supuesto de que se produzca una discriminación u otra lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino que lo vincula a que se hubiera producido un daño moral y otros perjuicios adicionales derivados. (...) A lo que ha de añadirse que en el presente caso el despido se ha declarado nulo por aplicación del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, esto es por estar embarazada, causa de nulidad objetiva y que por tanto no presupone actuación vulneradora alguna por parte del empleador."

7. Concluye así la empresa que cuando existe una "causa de nulidad objetiva", no se presupone actuación vulneradora por parte del empleador ni lesión necesaria de un derecho fundamental y, por consiguiente, no puede llevar anexa indemnización adicional alguna si esa vulneración no se ha acreditado.

Segundo:

8. Lo que viene a plantear la empresa es que existen dos tipos de despidos nulos: 1) un despido nulo de causa subjetiva y en el que, en cualquier caso y aún no intencional, hay conducta vulneradora del derecho fundamental; y 2) un despido nulo de causa objetiva por no intencional y en el que no se precisa la concurrencia de una conducta vulneradora de un derecho fundamental.

9. El primero (despido nulo subjetivo) comprendería aquellos que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

10. El segundo (despido nulo objetivo) abarcaría todos los supuestos para los que el art. 55.5 del ET reserva también la declaración de nulidad:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

11. Para la empresa, y también para las sentencias de esta Sala antes citadas, la nulidad por causa objetiva no determina el abono de indemnización adicional alguna por el solo hecho de la acreditación de la situación protegida y una vez obtenida la declaración de nulidad por su concurrencia, en nuestro caso, de embarazo. Para que tal fuera el caso sería preciso probar, además, la existencia real de una conducta vulneradora del derecho fundamental a la que se vincula el daño moral y/o perjuicios adicionales que también debe acreditarse.

12. De esta suerte, partiendo de que no se ha conseguido la declaración de procedencia del despido, basta con probar que la trabajadora o trabajador se encuentra en alguna de las situaciones de los apartados a), b) o c) del art. 55.5 del ET para obtener la nulidad. Si desea algún tipo de indemnización adicional por lesión de derecho fundamental debe probar que se incurrió en comportamiento lesivo, entrando así en juego la dinámica normal de la carga probatoria indiciaria que, si se revela como suficiente, determinaría la inversión y desplazamiento hacia el empresario, quien vendría obligado a acreditar que pese a haber despedido a una trabajadora embarazada o a un trabajador en disfrute de un permiso de los previstos en la norma o en cualquiera de sus situaciones, su intención estaba de todo punto alejada de vulnerar directa o indirectamente las situaciones protegidas en los apartados a) a c).

13. El elemento que obvia esa interpretación es que las situaciones protegidas en esos apartados actúan como garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que es un derecho básico de las personas trabajadoras y que la declaración de nulidad que procede por aplicación de los citados apartados del art. 55.5 del ET se efectúa, y esto es importante, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

Tercero:

14. Debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha venido señalando de forma reiterada el argumento de que no es necesaria la intencionalidad para que la lesión del derecho fundamental pueda producirse, pues la misma "no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma (por todas, STC 225/2001 de 26 de noviembre, FJ 4)" (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 10).

15. También debemos recordar que, como señala la introducción del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación,

...el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, es un derecho básico de las personas trabajadoras y debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación.

Por ello, son contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres las discriminaciones directas e indirectas; el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral; las represalias como consecuencia de las denuncias contra actos discriminatorios; y los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo.

En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo.

16. Por consiguiente, y de ello no existe ninguna duda, la protección otorgada por lo apartados a), b) y c) del art. 55.5 del ET tiene un basamento constitucional que se ancla de forma directa en el derecho a la igualdad y en la proscripción de toda discriminación.

17. En el caso concreto de la trabajadora embarazada es ya sólida, conocida y estable la evolución de la jurisprudencia que tras la STCO 124/2009, de 18 de mayo, y la previa STCO 92/2008, llevó al TS a acoger los criterios del TC y sostener, como comprobamos en SSTs 16 de enero 2009, rec. 1758/2008; 17 de marzo 2009, rec. 2251/2008; 13 de abril 2009, rec. 2351/2008; 30 de abril 2009, rec. 2428/2008; 6 de mayo 2009, rec. 2063/2008; 18 de abril 2011, rec. 2893/2010; 25 de enero 2013, rec. 1144/2012; y 14 de enero 2015, rec. 104/2014, o en la más reciente de 28 de noviembre de 2017, rec. 3657/2015, los siguientes puntos en el despido de la trabajadora embarazada:

1) 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;

2) 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;

3) el precepto del art. 55.5 del ET 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.

18. Es decir, el art. 55.5 del ET otorga una garantía objetiva y automática consistente en establecer una protección reforzada desde el punto de vista constitucional, porque actúa al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio y de la existencia de un indicio de tratamiento discriminatorio. Lo único que tiene que probar la trabajadora es el embarazo que, por sí mismo, constituye por disposición legal un indicio suficiente. Exime, por tanto, de la acreditación de cualquier otro indicio porque para nuestro legislador, el despido de una trabajadora embarazada que no es procedente merece la calificación de nulo. Esta declaración es una protección reforzada que persigue una finalidad de parificación y de evitación de toda discriminación.

19. Se trata (la protección reforzada) de una medida específica de acción afirmativa a favor de la mujer directamente vinculada a la no discriminación por razón de sexo - art. 14.2 CE-. Como medida específica afirmativa de protección reforzada directamente vinculada a una causa prohibida de discriminación, supone un compromiso legal expreso con la igualdad efectiva como objetivo a lograr (art. 9.2 CE), siendo su finalidad palmaria la de compensar la desigualdad y evitar la discriminación por sexo. Es una protección reforzada con basamento y causa constitucional, no es de simple legalidad ordinaria. La protección se extiende a todas las situaciones descritas en los apartados a) a c) del art. 55.5 del ET.

20. Por ello, tal y como señala el TC en las sentencias antes citadas no puede llevarse a cabo una interpretación restrictiva del precepto legal y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre , F. 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación -particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados".

21. Pues bien, dentro de las garantías previstas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, se encuentra el reconocimiento de una indemnización por haber sido víctima de un despido nulo por causa directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y que, por lo tanto, no ha sido declarado procedente.

Cuarto:

22. Hay que enfatizar que la sentencia de instancia atiende a la doctrina judicial expresada señalando al final de la página 7 que, ante la falta de comparecencia de la empresa al plenario, siendo que es a la demandada a quién le corresponde acreditar la realidad de los hechos del despido y la falta de conexión entre el embarazo y el cese de la relación, si estamos a los efectos del 217 LEC, así como del art. 304 LEC , y a la vista de la documental practicada, de la que se deduce que la actora estaba embarazada a tiempo de despido, procede la declaración de nulidad del acto extintivo.

23. También hay que enfatizar que aquí no se cuestiona si el empresario conocía o no el estado de embarazo y que el supuesto de autos ofrece unos matices que ineludiblemente deben ser tomados en consideración: 1) el despido no responde a causa alguna justificada; 2) la empresa ni siquiera comparece al acto del juicio para intentar acreditar la causa; 3) la trabajadora está embarazada en el momento del despido. Con este esquema fáctico estimamos que es automática la declaración de nulidad y el reconocimiento de una indemnización por haber sido víctima de un despido nulo por causa directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La razón estriba en que el empresario no ha logrado obtener, ni siquiera lo ha intentado, la procedencia del despido, esto es, no ha justificado en forma alguna que el motivo de su despido era del todo punto ajeno al estado de embarazo, desconectado totalmente del mismo.

24. Nótese que el estado de embarazo acreditado, en definitiva, es por disposición legal un indicio fortalecido de existencia de discriminación, indicio elevado a una categoría especial porque no precisa de ninguna prueba adicional, bastando su mera constatación, y que solo es destruible por la acreditación de la causa imputada o alegada que merezca la calificación de procedente y siempre, incluso, con la matización que supone la doctrina constitucional sobre la pluricausalidad extintiva o despidos disciplinarios pluricausales (entre otras, SSTC 7/1993, de 18 de enero 48/2002, de 25 de febrero; 41/2006, de 13 de febrero); 138/2006, de 8 de mayo, o 125/2008, de 20 de octubre) conforme a la cual la acreditación de la causa legal disciplinaria alegada no excluye por defecto o automáticamente la vulneración del derecho fundamental invocado cuando existen indicios de lesión.

25. En el caso presente la empresa no ha acreditado la procedencia de causa alguna para despedir a una trabajadora embarazada. En este contexto, no puede pretenderse que el despido es nulo sobre la base de una objetividad aséptica, no intencional, de legalidad ordinaria, desconectada del factor de discriminación y que no presupone actuación vulneradora alguna.

26. Lograda la calificación de nulidad del despido como consecuencia del estado de embarazo, el despido debe entenderse discriminatorio, por lo que resulta indiferente que la protección que otorga la nulidad derive de un previo acto de despido nulo por causa objetiva o subjetiva, intencional o no intencional, en línea con la jurisprudencia constitucional que citábamos en el párrafo 14, fundamento tercero, de la presente resolución. Es indiferente porque lo que tenía que haber hecho el empresario para evitarlo es excluir cualquier propósito contrario al derecho fundamental en juego, es decir, tenía que haber logrado la procedencia del despido. Tal es el diseño legal. Es así, porque no se puede aplicar una interpretación restrictiva de la protección reforzada.

27. La razón radica en que en el despido de trabajadora embarazada concurre, por disposición legal, un indicio de vulneración de un derecho fundamental y precisamente por eso es nulo si no se declara su procedencia que es lo que destruye el indicio. Su nulidad tiene un basamento y causa constitucional. Entender lo contrario y concluir que se trata de causa de nulidad objetiva y que por tanto no presupone actuación vulneradora alguna por parte del empleador, como señalan las sentencias de este Sala que se citan en la impugnación, supone desvincular la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas del derecho a la no discriminación por razón de sexo, esto es, del art. 14.2 del CE. O lo que es lo mismo, se rebaja la protección legalmente reforzada desde el prisma constitucional para situarla en un plano de protección de nulidad de estricta legalidad ordinaria: porque lo dice la ley es nulo, sin más consideraciones.

28. Se trata de una interpretación que se sustenta en la expresión utilizada por la STCO 92/2008, de 21 de julio, rec. 6595/2006 cuando alude al precepto del art. 55.5 del ET como 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. Sin embargo, esta interpretación que lleva a utilizar la expresión nulidad objetiva como una diferente categoría de la nulidad por causa de discriminación, de forma implícita nos hace descender del plano constitucional para situarnos inadvertidamente en el plano de legalidad ordinaria lo que obliga a elevarse de nuevo al plano constitucional cuando se aborda la cuestión indemnizatoria.

29. Si bien se observa, en realidad no hay tipos de nulidades cuando de violación de derechos fundamentales hablamos. Lo único que hay son específicos indicios o presunciones de lesión del derecho fundamental de configuración legal - expresamente previstos- y, por tanto, reforzados (garantías) de tal forma que su sola constatación objetiva, como es el caso del estado de embarazo o la concurrencia de una situación protegida (hechos objetivos), establece la realidad del indicio discriminatorio liberando de cualquier otra prueba complementaria. Al mismo tiempo, su simple constatación produce el despliegue de su intrínseca fortaleza por expresa declaración legal, situando al empresario ante la única alternativa posible de destrucción del indicio de discriminación concurrente: probar que su decisión es procedente porque, si no lo es, aquel indicio de configuración

legal se mantiene incólume con todos los efectos que del mismo se derivan, la nulidad, porque está directamente vinculado con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

30. El diseño legal responde, en última instancia, al establecimiento de una especial presunción iuris tantum establecida por ley (art. 385 LEC) de discriminación que opera en un doble espacio: 1) de causalidad, a favor de la trabajadora a la que solo se exige probar el hecho indicio, esto es, el hecho objetivo del estado de embarazo para presumir la existencia de lesión del derecho fundamental vinculado al art. 14 CE; y 2) de imputabilidad, en contra del empresario al que se le atribuye la violación del derecho fundamental por el acto extintivo una vez establecido el hecho indicio y se le impone la obligación de acreditar la procedencia de su decisión como único medio posible de destruir la presunción.

31. La interpretación alternativa que se pretende en la impugnación con cita de sentencias de esta Sala y con las citas de las SSTCO reseñadas, estimamos que priva al precepto legal de parte de las garantías establecidas por el legislador porque obvia parte del efecto procesal de las presunciones iuris tantum. Así, al tiempo que se dispensa de prueba adicional de discriminación al favorecido por ella con tal de que acredite el hecho indicio que conforma la presunción de discriminación (embarazo), omite el efecto procesal derivado de que la discriminación (su indicio) puede destruirse por la demostración de la conclusión contraria por el demandado que consigue la declaración de la procedencia del despido. El efecto procesal es que si esta destrucción no se produce porque no se obtiene la procedencia, la presunción legal de discriminación despliega su total e inexorable eficacia. En suma, existe discriminación.

32. A lo anterior cabe añadir que la interpretación sostenida en la impugnación y acogida por las sentencias de esta Sala impide la efectividad del derecho fundamental afectado de acuerdo con el contenido previamente definido por la ley, contenido que de conformidad con el art.183 de la LRJS y la STS de 19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016, o la más reciente STS de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017, conlleva la fijación de una indemnización. Al efecto, recordemos lo que dice la primera sentencia que resume la línea jurisprudencial existente al respecto en los siguientes términos:

"...la evolución que nuestra doctrina ha tenido en la materia de que tratamos -indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales- y que ha comportado el abandono del criterio que representa la decisión de contraste, para situarnos en la doctrina aplicada por la sentencia recurrida, tal como ha quedado expuesto en multitud de resoluciones (así, sirvan de ejemplo las SSTS 02/02/15 -rco 279/13-; 05/02/15 - rco 77/14-; 13/07/15 - rco 221/14-; 18/05/16 -rco 37/15-; 02/11/16 -rco 262/15-; 26/04/16 -rco 113/15-; 18/05/16 -rco 150/15-; 24/01/17 -rcud 1902/15-; y 05/10/17 - rcud 2497/15-), y cuyo criterio seguiremos a continuación, reproduciendo párrafos de la STS 02/02/15 [rco 279/13].

2. Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94-), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95-; 11/06/12 -rcud 3336/11-; y 15/04/13 -rcud 1114/12-].

Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-], y por la consideración acerca de la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548; y 28/02/08 -rec. 110/01 -] [SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada"

Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión.

lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales..." (SSTS 12/12/07 -rco 25/07-; y 18/07/12 -rco 126/11-).

3. Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo -entre otras- en la STS 13/07/15 [rco 221/14], respecto de que "... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que "[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño". Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general". Y que "... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/ Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 - rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13 -; y 02/02/15 -rco 279/13 -). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente".

33. En el mismo sentido se sitúa la STS de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017, de la que extraemos los siguientes pasajes cuando rememora la STS de 17 de diciembre de 2013, rec. 109/2012: a) del art. 179.3 de la LRJS es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales, cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización de los preceptos; b) de los arts. 182.1.d) y 183 LRJS redactados en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo (art. 55.5 Ley Orgánica 27/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -LOTC), se deduce que la sentencia, como establece el art. 15 LOLS , debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamenta, incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados; c) del art. 183.2 LRJS se deduce que respecto al daño, sobre cuyo importe debe necesariamente pronunciarse el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. Ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y prevención; e) la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal.

34. También cita la STS de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017, la STS de 29 de enero de 2013, rec. 89/2012, cuando señala al reproducir la doctrina del TC que, en relación a los daños morales, existe un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole.

35. Por su parte la STS de 24 de octubre de 2019, recurso 12/2019, también citada en la de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017, contiene el siguiente razonamiento: "No obstante, la jurisprudencia se ha ido decantando por entender que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..." STS/4ª de 18 julio 2012 -rec. 126/2011 -). Lo que acabamos corroborando en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS -y 183.1 y 2 LRJS -, en la medida que, si bien es exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada", se contempla la excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

Y hemos añadido que el art. 183.2 LRJS viene a atribuir a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica restitutio in integrum), sino también la de prevención general (STS/4ª de 5 febrero y 13 julio 2015 - rec. 77/2014 y 221/2014 , respectivamente-, 18 mayo y 2 noviembre 2016 - rec. 37/2015 y 262/2015, respectivamente - , y 24 enero y 19 diciembre 2017 - rcud. 1902/2015 y 624/2016 , respectivamente-)."

36. En el supuesto de autos, la demandante hizo constar los hechos constitutivos de la lesión del derecho fundamental: el despido por causas económicas no es cierto porque se ha procedido a contratar a otra persona, sin suprimir el puesto de trabajo, radicando la verdadera causa de la extinción en la situación de embarazo dada a

conocer el día previo al despido. La cuantía de la indemnización la fija en el importe de 6251 euros, con base en el art. 40 LISOS. El daño moral se entiende implícito en la lesión del derecho fundamental.

37. Ciertamente, no existe un mayor razonamiento. Pero también es cierto que, como señala la STS de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017, la apreciación de daños morales deriva de la consideración del impacto psíquico que el despido ha tenido en la trabajadora despedida, consecuencias que habitualmente se siguen en el caso de producirse un despido (...) La indemnización por daños morales, derivada de la vulneración de un derecho fundamental, se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad... que la citada vulneración haya podido producir a la trabajadora. O, en palabras de la STS de 29 de enero de 2013, rec. 89/2012, antes citada, cuando señala al reproducir la doctrina del TC que, en relación a los daños morales, existe un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole (el subrayado es nuestro). Recordemos también los pasajes antes transcritos en el párrafo 35 de la STS de 24 de octubre de 2019, rec. 12/2019.

38. Las precedentes consideraciones nos llevan a estimar la pretensión indemnizatoria en cuanto se ajusta a la doctrina expuesta y mantenida por esta sección de Sala de suplicación en repetidas ocasiones respecto a los importes indemnizatorios reclamados por daños morales y su procedencia, máxime cuando es obvia la dificultad de probar exactamente la cuantía del daño psicológico y moral sufrido por la parte demandante y, al mismo tiempo, la falta de oposición con argumentos específicos de la demandada al importe pretendido que se corresponde con el importe mínimo del grado mínimo de las sanciones previstas para las faltas muy graves en el art. 40 LISOS. A tal efecto, debemos advertir que en la impugnación no se ofrece otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada al limitarse a negar su obligación. Es más, la empresa no compareció al acto del juicio. En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente con negar el incumplimiento pues, si se constata éste, el responsable debe cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el perjudicado ofreciendo en su caso una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 99 de la LRJS. Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado.

39. Finalmente, se ha de reconocer que con el criterio que aquí mantenemos nos apartamos del seguido por las sentencias antes citadas dictadas por esta misma Sala, y que la perspectiva que ahora se adopta implica una rectificación en relación con los supuestos comprendidos en los apartados a) y c) del art. 55.5 del ET. Lo ponemos de manifiesto porque entendemos que la solución que ofrecemos se motiva de forma suficiente lo que excluye un voluntarismo selectivo pues, como recuerda la STS de 18 de julio de 2011, rec. 2502/2010, "lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam " (STC 117/2004, de 12/Julio, FJ 3. Y en sentido similar, entre las recientes, SSTC 30/2008, de 25/Febrero, FJ 9; 31/2008, de 25/Febrero, FJ 2; 43/2008, de 10/Marzo, FJ 3; y 67/2008, de 23/Junio , FJ 4)".

40. Se estima, de esta forma, el recurso y se reconoce el derecho a percibir la indemnización solicitada por lesión del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

F A L L A M O S

Estimando el recurso de suplicación formulado contra la sentencia de instancia que se revoca parcialmente. Se confirma la declaración de nulidad que en la misma se contiene y se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la cantidad de 6.251 euros como indemnización derivada de la vulneración de sus derechos fundamentales.

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

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

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

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 282600000028621

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse 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 Sección de Sala.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.