



Roj: **STSJ PV 1950/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:1950**

Id Cendoj: **48020340012018101170**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **1028/2018**

Nº de Resolución: **1233/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N°: Recurso de suplicación 1028/2018

NIG PV 48.04.4-17/007528

NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0007528

SENTENCIA N°: 1233/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 12/6/2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D/Dª D. JUAN CARLOS ITURRI GARARTE, Presidente en funciones, Presidenta, D. **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI** y Dª CRISTINA ISABEL PADRÓ RODRÍGUEZ, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Rosario contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 1 de febrero de 2018, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Rosario frente a Zaira.

Es Ponente el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" **PRIMERO**.- Rosario, mayor de edad, trabajaba con la categoría profesional de empleada de hogar para Zaira desde el 10.03.14, en virtud de contrato con una jornada semanal de 40 horas, sin horas de presencia, realizando pernocta en el domicilio y con un salario neto mensual de 900 euros que se abonaba por transferencia, cotizando la empleadora por 165,48 euros al mes. Se había pactado el abono de dos medios pagos extraordinarios.

SEGUNDO.- Las partes establecieron un régimen de 40 horas semanales de lunes a viernes, estando asistida la empleador a por otra trabajadora los fines de semana y festivos, momentos en los que dicha trabajadora se personaba en el domicilio entre las 8.30 y las 9.00 horas del sábado y lo abandonaba entre las 20.30 y las 21 horas del domingo.



La empleadora tiene 91 años presentando un deterioro cognitivo grave, siendo absolutamente dependiente, con estenosis de canal medular, requiriendo de silla de ruedas y con un régimen cotidiano de asistencia, siendo acostada a una hora temprana, aproximadamente 20.30-21 horas, por razón de su edad y su enfermedad

TERCERO.- El 30.6.17 la trabajadora inicia IT inicialmente por enfermedad común y posteriormente, asesorada por los asistentes de la empleadora, por accidente de trabajo, al haber sufrido una caída en horas de trabajo presentando lesión en una de sus muñecas.

El 21.7.17 a la trabajadora se le comunica por SMS : Por el presente le comunico que con fecha 4.8.17 queda resuelta la relación laboral que mantiene con Doña Zaira . Se le comunicará cuando y donde pasar a firmar el finiquito

El 28.7.17 se comunican por SMS con la trabajadora para que pase a recoger sus pertenencias, momento en el que manifiesta que está embarazada.

El 4.8.17 se le hace entrega del documento de cese por desistimiento del empleador con efectos de 4.8.17, carta de desistimiento que la misma firma no conforme . Se le abona el finiquito por importe de 2.316 euros con inclusión de la indemnización por desistimiento de 1.216 euros.

CUARTO.- La demandante no ha perdido la prestación de maternidad que se reclama como daño o perjuicio, porque finalmente no dio a luz.

QUINTO.- Intentado acto de conciliación el mismo finalizó sin avenencia entre las partes."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada por D^a. Rosario , frente a Zaira , y declarar IMPROCEDENTE el desistimiento realizado por el empleador el 4.8.17.

CONDENAR a Zaira , a indemnizar a la trabajadora en la cantidad de 2.889,78 euros, debiendo descontarse los 1.216 euros ya recibidos.."

Con fecha 23 de febrero de 2018 se dicta auto de aclaración referido a dicha sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1.- SE ACUERDA rectificar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 01/02/2018 en el sentido que se indica.

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en su Fallo de la siguiente forma:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada por D^a. Rosario , frente a Zaira , y declarar IMPROCEDENTE el desistimiento realizado por el empleador el 4.8.17.

CONDENAR a Zaira , a indemnizar a la trabajadora en la cantidad de 2.889,78 euros, debiendo descontarse los 1.216 euros ya

recibidos..."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bilbao dictó sentencia el 1-2-2018 , completada mediante dos autos de aclaración de 14 y 23 de febrero de 2018, en la que estimó la demanda interpuesta por la trabajadora de manera parcial declarando que había existido un desistimiento empresarial improcedente, por lo que condenaba a la empleadora a indemnizar a la trabajadora con 2.889,78 euros, a los que debía descontarse la indemnización percibida.

La muy razonada y argumentada resolución de instancia, tras fijar y delimitar los contornos de la relación especial de empleada de hogar de la demandante, en orden a las condiciones laborales, indica que la particularidad de la relación especial lleva consigo el que el incumplimiento de los requisitos del desistimiento unilateral del titular del hogar no implique el que automáticamente se califique el cese de despido, sino que, y ante la situación de embarazo de la trabajadora, se concluya que el desistimiento ha sido irregular, y se suplan sus consecuencias con la indemnización que se fija. Sobre ello se analiza que la decisión empresarial ha sido, realmente, un desistimiento y que, al igual que sucede con otros supuestos como el período de prueba, no exista una aplicación de los criterios objetivos de vulneración de derechos fundamentales o situación de embarazo que contempla el art. 55 ET .



SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora y en una extensa exposición, también minuciosamente respondida en la impugnación, se instrumentaliza un primer motivo revisorio, el que por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS , pretende modificar el relato fáctico, y al efecto se incide en el hecho probado cuarto respecto a la circunstancia de embarazo de la actora.

La revisión no se va a estimar. La causa de ello es que las circunstancias que intentan introducirse son redundantes sobre un elemento que la sentencia recurrida hace constar, como es la situación de embarazo de la demandante al tiempo en el que se anuncia el cese, y la falta de alumbramiento posterior. Es criterio reiterado el de que aquellas circunstancias que ya constan no deben ser revisadas (TS 21-4-2017, recurso 258/2016), e igualmente que la revisión debe tener trascendencia y relevancia (TS 20-6-2017, recurso 15/2017), y concluiremos que los añadidos que pretenden introducirse no aportan nada nuevo, pues los hechos son especificados y considerados en la sentencia de instancia y, justamente, de ellos se parte para concluir con el resultado final de la misma.

TERCERO.- Solventado el primer motivo, en el segundo se inciden sobre varias cuestiones, todas ellas de carácter jurídico. Tres líneas argumentativas con diferentes fundamentos jurídicos son las que se sustancian: en primer término, y con denuncia del art. 11 del RD 1620/2011 , se señala que nos encontramos ante un supuesto de despido y no de desistimiento, por lo que son aplicables las reglas del ET sobre los casos de despido; en segundo lugar, se esgrime la vulneración de los arts. 24 y 14 CE en relación al 55 ET , concluyendo, y en base al postulado anterior, que si estamos ante un supuesto de despido la consecuencia es que su calificación es la nulidad, por razón de la situación de embarazo de la recurrente; y, tercero, y con cita tanto del art. 14 CE como del 10 la LO 3/2007 , en relación a diversos preceptos de la LRJS como son los arts. 179 , 182 y 183 , se insta una indemnización por perjuicios morales al tratarse de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales.

Como hemos anunciado se ha opuesto la empresarial a todos los argumentos del recurrente, y se sostiene que nos encontramos ante un desistimiento que se patentiza, de cualquier manera, por la misma comunicación que se efectuó el 4 de agosto.

Perfiladas las líneas del recurso y de la impugnación, la primera premisa de la que vamos a partir es de la que no se ha producido un desistimiento. Para que el mismo hubiese acontecido, y de acuerdo a la jurisprudencia que así lo establece (por todas TS 27-6-2008, recurso 2235/2007), hubiese sido necesario que la empresa manifestase al tiempo en el que anunciaba el cese de la trabajadora, el 21-7-2017, que la causa motivadora de la extinción era el uso de la facultad de extinción unilateral por desistimiento que consagra el art. 11,3 del RD 1620/2011 . La comunicación remitida, si tuviese valor como tal (recordemos que fue un simple SMS), hubiera requerido que expresase la manifestación de ampararse en la facultad de extinción unilateral y, además, hubiese puesto a disposición de la trabajadora de forma inmediata y en metálico la indemnización que le correspondía a la misma por el desistimiento unilateral. Como no se practica ninguna de estas formalidades, y a tenor de los mismos términos que utiliza el reglamento, nº 4 del art. 11 citado, debemos configurar el acto resolutorio dentro del instituto del despido.

En efecto, los mensajes remitidos a la trabajadora son claros en la extinción de su relación laboral e incluso se le cita para la recogida de todos sus enseres. La comunicación al tiempo del cese no es ni tan siquiera una manifestación de desistimiento, pues se trata de una simple liquidación que tampoco intenta formalizar la extinción.

Por tanto, y como ya anunciábamos, el punto de partida es que no ha existido una declaración de desistimiento, sino de extinción de la relación laboral que, ante su parquedad y poca claridad, debe configurarse de despido.

CUARTO.- Si nos encontramos ante un despido, vamos a configurarlo el mismo de nulo. La causa de ello es doble desde la proyección legislativa: por un lado, porque el art. 11 del RD 1620/2011 , nada especifica sobre el despido nulo; y, de otro, porque las fuentes de la relación especial del empleado del servicio de hogar familiar nos conducen, art. 3, b), al ET . Es conocido que el criterio de especialidad de la relación del empleado de hogar parte de la preservación de la intimidad del hogar, y la relación que en el mismo se establece con personas ajenas que prestan servicios en ese ámbito doméstico. El vínculo personal que se establece, la conexión con la intimidad y círculo subjetivo en el que se desarrolla la prestación de servicios del empleado implica unos contornos delimitadores de la relación específicos ¿intuitu personae-. Entre ellos, la facultad de que el empresario pueda resolver unilateralmente el contrato, sin causa especial, y que se modele la indemnización con otros parámetros distintos a los generales, tal y como se deduce del art. 11 del Reglamento citado.

Pero esta norma, tal y como ya indicábamos en nuestra sentencia del recurso 1736/2015, citada por el recurrente, de 20-10-2015 , es aplicable a los casos que ella misma delimita, supliéndose sus vacíos o lagunas mediante la fórmula integrativa del art. 3 que ya hemos citado. En tal sentido nos encontramos con un supuesto de despido de una trabajadora embarazada, y ello nos conduce a aplicar los criterios que el art. 55



ET regula, calificando de nulo del despido de quien está en esta situación. Es indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador (TS 28-11-2017, recurso 3657/2015).

Por tanto: el despido es nulo, y la causa de ello es la situación de embarazo de la trabajadora. Con ello el siguiente paso es determinar cuáles son las consecuencias del despido nulo en una relación como la que actualmente examinamos de carácter especial. Por esa relación personal que existe, y la clara manifestación empresarial de extinguir la relación, no va a proceder la readmisión, tampoco la pide el recurrente. Y la fórmula indemnizatoria ya no puede ser la del Reglamento, pues el art. 11 ha quedado superado por un marco normativo superior que ampara el supuesto concreto de la demandante ¿despido nulo-. De aquí, el que la indemnización a otorgar sea la propia del despido ordinario, por razón de la nulidad que impera en base al art. 55 ET . Esta indemnización debe comprender hasta la sentencia de instancia, porque es la que declara la nulidad del despido. Y de ello el que, como no es posible la readmisión en un supuesto de despido nulo por la configuración de la especial relación de empleada de hogar, se supla la misma con la extinción indemnizada, pero se produzca el otro efecto esencial del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación.

Consecuencia de lo referido: la indemnización y el abono de salarios de tramitación. En orden a la cuantificación de la misma se fija un salario de 42,28 euros y una antigüedad de 10-3-2014, siendo la fecha de finalización el 1-2-2018, arrojando el total 5.464,69 euros, a los que se deberán descontar las cuantías percibidas por indemnización, según el tenor de la sentencia recurrida. Para el cálculo de la indemnización hemos acudido al formulario que sobre indemnizaciones por extinciones de contrato de trabajo figura en la página del Consejo General del Poder Judicial.

Los salarios de tramitación corresponden desde la fecha del despido hasta la sentencia de instancia, a razón de 42,28 euros día, con descuento de los períodos en que la trabajadora se hubiese encontrado en situación de Incapacidad Temporal o hubiese percibido otras sumas por razón de otro trabajo.

QUINTO.- Resta por analizar la última petición que realiza el recurso, respecto a una indemnización de daños y perjuicios por vulneración del derecho fundamental. Procede estimar esta petición. La causa de ello es que el despido nulo por causa de embarazo responde a una tutela objetiva, tanto de la maternidad como de la discriminación por razón de sexo. Ello implica el que opere una protección reforzada a la trabajadora en esta situación, con independencia, lo hemos citado, de que exista conocimiento por parte del empleador de esta circunstancia. Resaltar, respecto a esta última apreciación, que conforme al art. 183,3 LRJS , la conculcación de un derecho fundamental implica la reparación.

A la hora de delimitar la indemnización el parámetro que oferta el recurso no es admisible, por cuanto que no existió ninguna prestación compensable. Ahora bien, como ciertamente procede la automaticidad de la indemnización, caso de que la misma se inste, cuando ha existido una conculcación de un derecho fundamental, vamos a acudir al criterio general de analogía con el RDL 5/2000, que normalmente se utiliza para estas situaciones (TS 29-11-2017, recurso 7/2017). Si tenemos en cuenta que la conculcación de un derecho fundamental es una falta muy grave (art. 8, 12 del RDL indicado), pero, como hay facultades de graduar y determinar la proporcionalidad de la sanción, y teniendo en cuenta: por un lado, la falta de conocimiento de la empleadora de la circunstancia de embarazo de la trabajadora; y, de otro, la falta de alumbramiento. Teniendo en cuenta ello, decimos, vamos a fijar una indemnización de 2.188 euros, que se corresponde con una falta grave en su tramo medio, el que oscilaba entre 1.251 y 3.125 cuya mitad es el importe que fijamos.

En conclusión, se fija la indemnización de la trabajadora por el tiempo trabajado, en la percepción de salarios de tramitación por despido nulo, y la indemnización por reparación del perjuicio al derecho fundamental en 2.188 euros. Todo lo indicado implica que no se impongan costas por aplicación del art. 235 LRJS .

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao de 1-2-2018 , y sus autos de aclaración de 14 y 23 de febrero de 2018, y con revocación de la misma se declara nulo el despido acontecido el 4-8-2017, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a que indemnice a la actora con la suma de 5.464,69 euros, a los que se les descontará la indemnización percibida, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 1-2-2018, sin perjuicio de los descuentos que procedan por la situación de Incapacidad Temporal o la percepción de salarios por realizar otro trabajo, debiéndosele indemnizar además a la trabajadora con el importe de 2.188 euros, sin costas.



Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1028-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-1028-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.