

Juzgado de lo Social N.º 2 de Gijón, Sentencia 100/2018 de 18 Abr. 2018, Rec. 106/2018

Ponente: Monte Rodríguez, Soledad.

Nº de Sentencia: 100/2018

Nº de Recurso: 106/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Cuando el despido de la empleada del hogar es nulo, la indemnización es la única alternativa

SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR. Trabajadora embarazada. Nulidad del desistimiento empresarial. En estos casos de relación especial de empleadas de hogar, al no existir opción entre la readmisión o la indemnización por la especial relación de confianza que se ha visto rota hace que en la práctica la readmisión no sea posible, solo procede la indemnización, y debe serlo por el equivalente al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de 12 mensualidades.

El J.S. núm. 2 de Gijón estima en parte la demanda y declara la nulidad del desistimiento contractual condenando a la empleadora a abonar las diferencias por indemnización e indemnización adicional.

JDO. DE LO SOCIAL N. 2

GIJON

SENTENCIA: 00100/2018

JDO. DE LO SOCIAL N.º 2 de Gijón

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000106 /2018

DEMANDANTE/S D/ña: Araceli

ABOGADO/A: BEATRIZ GONZALEZ ALVAREZ **OR:** AL:

DEMANDADO/S D/ña: Miriam, MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: EMILIO ALVAREZ RIAÑO, , : ,

SENTENCIA N.º 100

En Gijón, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho

Vistos por Doña Soledad Monte Rodríguez, Juez en sustitución de Juzgado de lo Social N.º 2 de Gijón, los presentes autos nº 106/18 sobre despido, seguidos a instancia de doña Araceli, representada por la letrada doña Beatriz González Álvarez, contra Miriam, representada por el letrado don Emilio Álvarez Riaño. Igualmente ha sido parte el Ministerio Fiscal, que no compareció.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El 23 de febrero de 2018 tuvo entrada en el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón demanda sobre despido, en la que, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación se termina suplicando se dicte sentencia que acoja sus pretensiones

Segundo.- La indicada demanda fue admitida a trámite y se señalaron los actos de conciliación y juicio, con el resultado que obra en autos. En dicho acto las partes formularon sus alegaciones en apoyo de sus pretensiones y, tras practicarse las pruebas admitidas y concluido el trámite de conclusiones, quedó el juicio visto para sentencia.

Tercero.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Primero.- La trabajadora demandante viene prestando servicios por cuenta de la demandada como empleada del hogar desde el día 6 de septiembre de 2017, con un contrato de trabajo temporal de 6 de septiembre de 2017 a 31 de agosto de 2018 de trabajadores del servicio de hogar a jornada completa para la realización de funciones de cuidado de un bebe. Su jornada era de 40 horas semanales y su salario diario de 28,33 euros.

La relación jurídica laboral era de carácter especial e incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1.424/85 de 1 de agosto y la trabajadora prestó servicios para la demandada de forma ininterrumpida desde la fecha indicada.

Segundo.- El día 16 de enero de 2017 la demandada le pone a la firma sorpresivamente a la trabajadora dos documentos, que ésta efectivamente firma en menos de diez minutos y que tienen el siguiente contenido:

"Trabajadora: DOÑA Araceli

NIF: NUM000

En Gijón, a 16 de enero de 2018

- Da Miriam, mayor de edad, con NIF. NUM001, en calidad de empleadora en el contrato de trabajo de servicio de hogar familiar suscrito con Vd. en fecha de 6-09-2017, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, formalmente le notifica la extinción del contrato de trabajo basada en el DESESTIMIENTO del empleador.

Los efectos de la extinción del contrato por desistimiento se producirán desde el día de hoy 16 de enero de 2018, que será el último de prestación de servicios.

En este mismo acto se pone a su disposición la indemnización correspondiente a la extinción del contrato por desistimiento, que asciende a 230,50 euros, cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades, así como las cantidades correspondientes a la liquidación de su contrato, según recibo de finiquito que se adjunta a la presente.

Igualmente se pone a su disposición una indemnización de 276,50 euros, equivalente a los días de salario por falta de preaviso de siete días.

Le ruego se sirva firmar el recibo de la presente a los exclusivos efectos de constancia de la notificación".

Y el segundo:

" DOCUMENTODE LIQUIDACION Y FINIQUITO

En GIJÓN, a 16 de enero de 2017

La empleada de hogar, D^a DOÑA Araceli, con NUM000, declara que da por terminada su relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar que ha mantenido hasta la fecha con D^a Miriam, mayor de edad, con NUM001, y que ha percibido las siguientes cantidades, por los conceptos que se indican:

Salario neto del periodo del 1 al 16 de enero/2017, incluidas pagas extras 481,33 eu.

Vacaciones devengadas.....330,00 eu.

Indemnización por extinción del contrato por desistimiento.....230,50 eu.

Indemnización por falta de preaviso de siete días.....276,50 eu.

TOTAL 1.318,33

Declara igualmente que queda así indemnizada y liquidada por todos los conceptos que pudieran derivarse de la relación laboral que unía a las partes, que se da por extinguida, manifestando expresamente que nada tiene que

reclamar, estando de acuerdo en ello con la empleadora.

Lo que firma en prueba de conformidad en la fecha y lugar arriba consignado."

Tercero. - En la misma tarde en que se le entregó a la trabajadora los documentos y la liquidación del contrato, ésta envió a su empleadora una comunicación de mensajería instantánea proponiéndole que reconsideran el despido si iniciaba un período de incapacidad temporal, oferta que rechazó la demandada, remitiéndole al desempleo.

Cuarto.- La actora acude el día 1 de diciembre de 2017 al servicio de Obstetricia con cita previa las 9,20 para una ecografía y ese mismo día por la noche acude al servicio de urgencias del HOSPITAL000 por metrorragia 1 T en ese momento era gestante de 12+5.

En fecha 9 de diciembre de 2017 a las 14:28 acude nuevamente al Servicio de Urgencias del Hospital por sangrado de 1er trimestre.

El jueves 11 de enero tiene cita en el servicio de obstetricia para realización de ecografía donde se visualiza un hematoma retroamniótico de 6x 2 mm por lo que se le recomienda reposo por riesgo de aborto.

Quinto.- Durante el mes octubre y de noviembre y diciembre en varias ocasiones la demandante llegaba tarde al trabajo

La demandante comunicó en los primeros días de noviembre que se encontraba embarazada. Igualmente comunicó que parte de los días en que se retrasó al inicio de la jornada fue debido a la necesidad de acudir al médico para atender su embarazo.

Sexto.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación el día 22 de febrero de 2018, terminando el mismo sin avenencia entre las partes.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Gira la controversia entre las partes, en primer lugar, sobre el valor liberatorio del finiquito suscrito por la demandante en el caso de autos. Sobre la eficacia liberatoria del documento finiquito se ha pronunciado la sentencia de Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2000, dictada en Sala General (recurso 4977/1998), que parte de que el citado documento "en que se exterioriza la declaración de voluntad con fines liberatorios del vínculo contractual y de sus efectos económicos no viola el artículo 3.5 ET, pues ni la conducta del trabajador ha supuesto una renuncia anticipada, ni se ha concretado norma legal o paccionada que establezca la indisponibilidad de los derechos litigiosos, sino que aquella declaración ha sido expresiva del ejercicio de su libertad y autonomía individual en el sentido de extinguir el vínculo que le ligaba al empleador, y, como efecto reflejo, resolver las cuestiones económicas implícitas. Ahora bien, como ha expuesto reiterada jurisprudencia (entre otras STS 23 junio 1986 , 23 marzo 1987), una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocido por disposiciones legales de derecho necesario o por Convenio Colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza -entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias económicas derivadas-. Una limitación, al efecto, violaría el derecho, concedido por el artículo 49.1 a) y d) ET, a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador, y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1.256 del Código Civil (CC) que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes". Pero precisa el TS que "el alcance y valor del recibo del finiquito viene determinado por el examen conjunto del texto literal por el que se manifiesta y por los elementos y condicionamientos específicos del contrato que se finiquita". Para ello, la sentencia parte, de que "el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio -deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante- viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo -mutuo acuerdo, o en su caso transacción- en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros.- Esta dependencia al caso concreto puede originar sentencias en las que, de manera general, no se niega el carácter liberatorio del finiquito, sino que se excluye su

eficacia liberatoria, sea porque el documento no exterioriza inequívocamente una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes, como en el supuesto (STS de 13 de octubre de 1986) ... sea porque la causa era ilícita, como en el supuesto de trabajador temporal sucesivo, sin causa que ampare la temporalidad, y que dio por finiquitado su contrato temporal cuando ya era indefinido (STS 14 de junio de 1990); sea porque el objeto tomado como base no se ajustaba o no se podía ajustar a la realidad ...".

La sentencia de 22 de noviembre de 2004 se remite a la de 24 de junio de 1.998 en la que se establecían los siguientes criterios generales sobre el valor liberatorio del documento de finiquito: "1) Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. 2) Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral. 3) En el momento en que suele procederse a esta declaración -coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo- existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario. 4) La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes - normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos- coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste. 5) La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo. 6) En realidad, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario".

La proyección de la anterior doctrina sobre el supuesto ahora enjuiciado exige valorar las circunstancias en que se firmó el documento cuestionado, que se descubren de la prueba practicada, que permite descubrir que la trabajadora acudió al domicilio de la demandada donde trabajaba a las 16.00 horas y que diez minutos después se comunicaba con su madre anunciándole el despido. Así pues, la entrega de los dos documentos, su lectura, firma y recepción del dinero se extendió en menos de diez minutos. Por otra parte, no existía previos avisos y advertencia alguna a la trabajadora, que inopinadamente se encontró con la decisión empresarial. La firma de la liquidación y recepción del dinero, en tales términos la firma del documento de liquidación no puede interpretarse como conformidad alguna con el despido por la trabajadora y de renuncia al ejercicio de sus derechos. El documento no tiene el valor liberatorio reclamado por la empresa, pues es evidente que no incorpora una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario.

SEGUNDO.- El segundo punto de debate radica en la incidencia que tiene la situación de gravedad de la trabajadora en el desistimiento de la empleadora, en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Por su parte, el artículo 11 del citado RD establece: " 3. *El contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, lo que deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa.*

En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder 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 los demás supuestos el preaviso será de siete días.

Simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización, que se abonará íntegramente en metálico, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Durante el período de preaviso el empleado que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

El empleador podrá sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período, que se abonarán íntegramente en metálico.

4. Se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento, con la aplicación de las consecuencias establecidas en el apartado 2, cuando, en la comunicación de cese que realice, haya

incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del apartado anterior, o bien no se ponga a disposición del trabajador la indemnización establecida en el párrafo tercero de dicho apartado, con carácter simultáneo a la comunicación.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no supondrá que el empleador ha optado por el despido, sin perjuicio de la obligación del mismo de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta".

La incidencia que en tal forma extintiva de la relación laboral tiene el embarazo de la trabajadora y las garantías que para tal situación contempla el ordenamiento laboral español es polémica, pero en cualquiera de las alternativas que se presentan ha de declararse en este caso que la extinción es nula.

Las Sentencias del TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 , 21 de enero y 21 de abril de 2015 razonando, en reproducción de esta última : "...debemos plantearnos seguidamente para centrar bien el debate, y aquí está el auténtico nudo gordiano del recurso sometido a nuestra consideración, si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual por desistimiento a que hace méritos el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, cuando el empleador, en el momento de obrar el desistimiento, desconoce que la trabajadora está embarazada porque ni ella se lo ha comunicado, ni hay signos visibles de su estado de gestación. En otras palabras, si en tal caso existe, sin más, una discriminación por razón de sexo. Dispone el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que: "1. La relación laboral de carácter especial ...(...) De alguna manera, y salvando las distancias, el caso debatido guarda relación con la STS de 18 de abril de 2011, recurso 2893/2010 , precisamente confirmando la sentencia de esta Sección de Sala dictada en 11 de junio de 2010, resolviendo el recurso de suplicación núm. 1357/2010, relativo a si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba. Tanto el Tribunal Supremo cuanto el Constitucional (este último en su reciente sentencia núm. 173/2013, de 10 Oct. 2013, rec. 3773/2011) han abordado -y resuelto con Votos Particulares- la cuestión atinente a la protección de la trabajadora embarazada durante el período de prueba. Ambos han concluido que la extinción del contrato de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial no goza de la protección de nulidad cualificada ex art. 55.5 b) del ET, sino propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese, lo que exige que la empresa hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de extinguir el contrato. Se distancia así nuestro TS y el máximo intérprete constitucional de quienes postulan la protección constitucional y su desarrollo legal en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en el caso de despido que en el de extinción contractual durante el periodo de prueba por alegada no superación del mismo, por lo que, aunque no conste el conocimiento de la situación o estado de embarazo o de gestación por parte de la empresa, es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, y que, por consiguiente, para declarar la procedencia del desistimiento o del cese acordado es exigible que el empresario acredite que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria. Pero dicho queda que de la Constitución no deriva una exigencia de tutela objetiva y automática para la trabajadora embarazada, por lo que opera el clásico juego de la aportación de indicios suficientes y la inversión de la carga probatoria".

En el mismo sentido se encuentran las sentencias de Sentencias de TSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014, Extremadura de 15 de septiembre de 2016 y Castilla La Mancha de 10 de marzo de 2016.

Por su parte, la sentencia del TSJ de Madrid de 24 de junio de 2011 argumenta (y en el mismo sentido la de 26 de septiembre de 2016):

" El criterio sentado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de Sala General de 19 -7-2006 (rec. 1452/2005), reiterado por la de 24-7-2007 (rec. 2520/2006), que exigía la trabajadora acreditase el empresario tuviera conocimiento del hecho de su embarazo, puesto que ello juega como indicio de la discriminación que alega y

que, en definitiva, es lo que pretende proteger el Estatuto de los Trabajadores en estos supuestos, no exigiendo que se comunicara el embarazo pero sí que se probase su conocimiento por parte del empleador, experimentó un giro radical en sus recientes sentencias de 17-10-2008 (rec. 1957/200), 16-1-2009 (rec. 1758/2008), 17-3-2009 (rec. 2.251/2008), 30- 4-2009 (rec. 2428/2008) y 6-5-2009, (rec. 2063/2008).

En la variación de la doctrina de unificación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido una decisiva influencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio , en la que el máximo intérprete de la Carta Magna deja bien claro que la protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía. La finalidad de la norma, esto es, del artículo 55.5 ET , es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo, prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona (art. 18 CE) y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno, pues en nuestro ordenamiento jurídico interno no existe ninguna norma que obligue categóricamente a la trabajadora a comunicar formalmente al empresario su estado de embarazo. Aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión que parte así de un canon distinto a la discriminación frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba " superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva" ; ni tampoco es argumentable que la misma Exposición de Motivos haga referencia al « despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo 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.

El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente 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, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trataría de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativamente en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad.

A partir de la Ley 39/1999 , cuyo artículo 55.5 experimenta una nueva redacción, se empieza a tener en cuenta de manera más cabal la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas, lo que supone un factor de competencia desigual entre hombres y féminas en el acceso y promoción dentro del mercado de trabajo. Es necesario, en última instancia, erradicar esta lastimosa realidad mediante instrumentos de intervención pública. Por ello esta Ley toma medidas encaminadas a incrementar los derechos derivados de las circunstancias del embarazo, parto y puerperio, al constituir una realidad biológica diferencial respecto a los varones, y merecedora de especial protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre, introduciendo una mayor protección contra el despido por el ejercicio de tales derechos.

La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia

92/2008 , conozca o no el empresario su situación de embarazo, sin duda es digna de elogio, por cuanto toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Significar, ello no obstante, que fueron los Tribunales Superiores de Justicia los que se anticiparon tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal Constitucional en este nuevo enfoque de calificar como nulo el despido de la mujer trabajadora embarazada, -salvo que se declarase su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo mismo-, y así merece destacarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 Mayo 2008, en el Recurso de Suplicación 1049/2008 , analizando exhaustivamente el Derecho Comunitario de aplicación y la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, terminando por afirmar nuestro Derecho interno -en concreto la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo - supera las previsiones de las Directivas Comunitarias. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente se ha de calificar como nulo, conociese o no el empresario ese embarazo, a diferencia del despido discriminatorio, que, al haberse acordado precisamente en función del embarazo, requiere de forma obligada el conocimiento de esa situación.

Parece más adecuada la primera de las tesis expuestas, acomodada a la jurisprudencia del TS y del TC, pero, en todo caso, como adelantamos, en este caso el resultado es idéntico, pues *no existe controversia en que la empleadora conocía que su trabajadora estaba embarazada desde el mes de noviembre anterior al despido*. Y la misma representación de la demandada sostuvo que la trabajadora debió iniciar un proceso de IT en lugar de *retrasarse por acudir al médico para atender incidencias de su embarazo, vinculando de tal forma la atención médica de la empleada con el despido*. Y, constatados aquellos indicios, *no se justifica por la empleadora que el despido no obedeciera a un móvil discriminatorio, toda vez que los alegados retrasos fueron en parte consecuencia del embarazo y los restantes poco relevantes y separados en el tiempo del despido*. Por tanto, ya porque se predique la aplicación de un *régimen objetivo de nulidad*, ya porque concurren indudablemente indicios de discriminación por razón de sexo, sin que se pruebe por la empleadora que se produjo el desistimiento por causas razonables y justificadas diferentes a aquel móvil, la consecuencia es la nulidad del desistimiento del contrato ejercitado por la empleadora.

TERCERO .- No obstante la conclusión alcanzada anteriormente, no pueden compartirse los efectos que la demandante trata de atribuir a la nulidad de la decisión extintiva y ello porque no está prevista la readmisión forzosa en la relación laboral de carácter especial de los empleados del hogar. Como señala la Sentencia de 10 de marzo de 2016 del TSJ de Castilla la Mancha: "Ahora bien, *las condiciones específicas en que se desarrolla la relación laboral del servicio del hogar familiar hacen inexigible la decisión de inmediata readmisión de la trabajadora* (art. 113 LRJS). Así el preámbulo del Real Decreto regulador ya indica que: "Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. De modo principal, el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo". (...) Por consiguiente, *la indemnización por despido será la equivalente al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades* (art. 11.2 del Real Decreto regulador), norma aplicable a los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor del mismo (apartado 1 de la disposición transitoria primera del Real Decreto)".

En el mismo sentido, sentencia del TSJ de Madrid de 21 de enero de 2015 : "Por tanto tenemos una regulación del despido distinta en muchos aspectos de la contenida en el artículo 56 del ET, a saber, no existe opción entre readmisión o indemnización, la indemnización por año de servicio es distinta, así como el tope de días de indemnización, y tampoco existe previsión alguna de condena al abono de los salarios de tramitación. Cuando el despido no es ajustado a derecho se impone la indemnización como única alternativa, lo que es coherente con la especial posición en que se encuentra la empleada trabajando dentro del hogar de otra persona, que exige confianza sin que puedan existir situaciones impuestas contra la voluntad de cualquiera de las partes. Y ello también se deduce de la disposición adicional segunda de la norma mencionada: 2. En el mes siguiente a la entrada en vigor de este real decreto, el Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá a la constitución de un grupo de expertos, integrado por un máximo de seis personas propuestas por el propio Ministerio y las organizaciones empresariales y

sindicales más representativas, para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre las siguientes cuestiones: 1.ª La viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores . " Por tanto aunque la trabajadora, empleada de hogar, se encontrase embarazada la ruptura del contrato de trabajo de la misma constituye un despido improcedente y no nulo".

Por tanto, *la consecuencia que debe seguirse de la nulidad del desistimiento de la empleadora o improcedencia del despido es el previsto en el apartado segundo del art. 11 del RD regulador: una indemnización equivalente al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades*, lo que en este caso, en el que no existe discrepancia entre las partes sobre el salario diario y antigüedad, supone 236,08 euros, suma de la que ha de detrarse la ya recibida de 230,50 € (que no se corresponde con los 12 días por año previstos en el RD) por el desistimiento: 5,58 euros.

CUARTO.- En orden a la indemnización solicitada, debe recordarse la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015:"2.- Evolución de la jurisprudencia en este punto.- Hemos de reconocer, como hicimos en muy recientes resoluciones 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, SSTS09/06/93 -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 [SSTS22/07/96 -rco 7880/95 -; 11/06/12 -rcud 3336/11-;y 15/04/13 -rcud 1114/12 -]» (SSTS 02/02/15 -rco 279/13 -; y 05/02/15 -rco 77/14 -). 3.- Posición actual.- 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 27/07/06Ar. 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 la LRJS , pues de un lado su art. 179.3 dispone que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el supuesto de autos-«en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»; y de otro, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que «el 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 atender contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general".

Debe tomarse como referencia la ausencia de una debida alegación y justificación de perjuicios adicionales por la trabajadora, la cuantía solicitada por ésta y las demás circunstancias concurrentes en la lesión del derecho fundamental, que aconsejan fijar la indemnización en el equivalente al salario de 20 días: 566,6 euros.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Estimando parcialmente la demanda formulada por doña Araceli contra don Miriam, debo declarar y declaro nulidad

del desistimiento del contrato realizado por ésta, condenando a la demandada a abonar a la trabajadora actora como diferencias por la indemnización 5,58 euros. Igualmente debo condenar y condeno a la demandada como indemnización adicional la cantidad de 566,60 euros.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión de la original en el libro de Sentencias.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con advertencia de no ser firme, porque contra la misma cabe interponer recurso de SUPPLICACIÓN para ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, debiendo en su caso, anunciar ante este Juzgado el propósito de entablarlo en el plazo de Cinco Días siguientes a la notificación de esta sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Advértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de la Seguridad Social o causahabientes suyos o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300€ en la cuenta abierta en el Banco Santander, a nombre de este juzgado con el num.: 3295000065010618 acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Santander con domicilio en, a nombre de este juzgado, la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista incorporándolos a este juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso al momento de anunciarlo.

Para el supuesto de efectuar transferencia bancaria, deberá indicar IBAN ES55 0049 3569 92 0005001274, y en el campo observaciones o concepto de la transferencia, se consignarán los 16 dígitos indicados anteriormente que corresponden al procedimiento consignados en un solo bloque.

Una vez transcurra ese plazo sin que cualquiera de las partes manifieste su propósito de presentar el recurso, la sentencia será firme, sin necesidad de declaración alguna, y se procederá al archivo de los autos.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando, firmo.

PUBLICACION.- Firmada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe se hace pública incorporándose al libro de Sentencias. Doy fe.