

Id Cendoj: 09059340012010100496
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Burgos
Sección: 1
Nº de Recurso: 467/2010
Nº de Resolución: 493/2010
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DESPIDO OBJETIVO

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL

BURGOS

SENTENCIA: 00493/2010

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: **467/2010**

Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 493/2010

Señores:

Ilm. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Presidente Acctal.

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a siete de Septiembre de dos mil diez.

En el recurso de Suplicación número **467/2010**, interpuesto por Juan Pablo , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en autos número 431/2010, seguidos a instancia del recurrente, contra, DOÑA Ángela , siendo parte FOGASA, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don Santiago Ezequiel Marqués Ferrero que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 24 de junio de 2.010 , cuya parte dispositiva dice: Desestimo la demanda interpuesta por D^a Juan Pablo contra D^a Ángela , declaro que el acto extintivo de 18-3-10 no es constitutivo de despido y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de la demanda.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO.- D^a Juan Pablo , D.N.I. NUM000 , ha prestado servicios para la demandada D^a Ángela como empleada de hogar desde el 2-2-10 y con un salario mensual de 400 euros. SEGUNDO.- La demandada empezó a vivir en Burgos el 5-11-08. Tras instalarse regresó a Francia a pasar unos días y retornó sobre el 10-1-09. TERCERO.- En fecha 2-2-09 suscribió con la actora el oportuno contrato de trabajo en el que se pactaba una jornada de tarde de cinco horas de lunes a viernes. La actora de nacionalidad boliviana obtuvo la renovación del permiso de trabajo y residencia con fecha de efectos 24-3-09 y la demandada la dio de alta en Seguridad Social el 24-3-09. CUARTO.- La actora se encuentra en avanzado estado de gestación. QUINTO.- La relación de servicios se interrumpió en la segunda quincena del mes de marzo del 2010. La demandada dio de baja en Seguridad Social a la actora el 30-3-10 tras ponérselo en conocimiento de la actora mediante mensaje telefónico. SEXTO.- Entiende la demandante que en fecha 18-3-10 ha sido despedida y que dicho despido es nulo o improcedente y acciona al respecto. Presenta papeleta de conciliación el 16-4-10. Se celebra acto de conciliación sin avenencia el 30-4-10. Interpone demanda para ante este Juzgado el 3-5-10 .

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Juan Pablo . siendo impugnado por Ángela Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos se dicto sentencia con fecha 24 de junio de 2010 , Autos 431/2010 , que desestimó la demanda sobre despido interpuesta por D^a Juan Pablo contra D^a Ángela . Frente a la citada sentencia se interpone el presente recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante solicitando tanto la revisión de hecho como alegando la infracción de normas y jurisprudencia aplicable.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en la *letra b) del art 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* se insta por la parte recurrente una nueva redacción del Hecho Probado Primero proponiendo la siguiente redacción : " Ha prestado servicios a jornada completa para la demandada Doña Ángela como empleada de hogar desde el 5-12-2008 , siendo dada de alta en fecha 24-3-2009 y un salario mensual de 650 # mensuales" ; como petición subsidiaria solicita que en todo caso que la antigüedad a reconocer seria la 24-3-2009. Fundamenta tal revisión en los doc 32, 33 y 35. Por lo que se refiere a la antigüedad solicitada con carácter principal (5-12-2008) lo fundamenta la parte recurrente en el doc 32, contrato de trabajo suscrito en su día por la partes litigantes y que fue reconocido en el acto del juicio por la demandada . Ahora bien en el citado contrato de trabajo , *cláusula tercera* se supeditaba el inicio del mismo a la concesión de la autorización de la residencia , la actora es de nacionalidad boliviana. Pues bien la renovación del permiso de trabajo y residencia se le concedió con efectos 24-3-2009 y a tal fecha fue dada de alta en Seguridad Social . Es esta la antigüedad que se le debe de reconocer pues no se ha acreditado por cualquiera de los dos únicos medios de prueba permitidos a tal fin , documental y pericial, que la trabajadora hubiera comenzado a prestar sus servicios para la demandada con anterioridad a la fecha en la cual se le concedió la renovación del permiso de trabajo y residencia fecha a la que se remitía el contrato de trabajo en su día suscrito doc 32, siendo esta la fecha que consta de alta en el Informe de vida laboral, doc 35. En consecuencia procede acoger la petición subsidiaria , que también es aceptada por la parte recurrida, y revisar el hecho probado primero en el sentido que la fecha de inicio de la prestación de servicios lo es desde 24-03-2009. En cuanto al salario, que la recurrente entiende debe de figurar la cantidad de 650# por se esta la cantidad que consta en el contrato de trabajo suscrito con fecha 2-2-2010 , doc 33, y que fue reconocido por la demandada en el acto del juicio. Se alega por la recurrida que debe de mantener el salario que figura el Hecho Probado Primero (400#) por ser este el que consta en otro contrato también suscrito por las hoy recurrente en la misma fecha (doc 26) y en el que se pacto un una jornada laboral de 25 horas semanales y una remuneración de 400# al mes. Sabido es que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacifica, como uno de los requisitos que para estimar la

revisión de los hechos declarados probados , que los documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad. Pues bien el doc 33 en base al cual se solicita la revisión, fue valorado por la Magistrado de instancia y el mismo entra en contradicción con el doc 26, contrato de trabajo también suscrito por la partes litigantes y en el que expresamente consta que sustituye al contrato depositado en la seguridad social con la misma fecha, estamos ante contratos que si bien coinciden en la fecha el obrante al doc 26 es posterior por lo tanto a él debemos de estar en sin que exista vicio de consentimiento ni alegado ni probado que anule su eficacia .Pero es que debemos tampoco debemos de olvidar que la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, al declarar que aquél no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso de objeto limitado, en el que el Tribunal «ad quem» no puede valorar «ex novo» toda la prueba practicada .En definitiva el documento antes referido y en base al cual la recurrente fundamenta la revisión solicitada no evidencian el error del juzgador siendo insuficientes para justificar la revisión cuando han sido contradicho por otras pruebas obrantes en autos y en base a las cuales se declaro el hecho probado lo que se pretende modificar asi Sentencia de esta misma Sala de 22-10-1992, del TSJ de Murcia de 24-11-1988 y del País Vasco de 14-11-2000, que es también ocurre en el presente supuesto , como hemos señalado con anterioridad. En base a lo cual procede la desestimación de esta última petición de revisión referente al salario.

Por todo lo cual y con estimación parcial del recuso procede revisar el Hecho Probado Primero de la sentencia recurrida en el sentido que la fecha de inicio de la prestación de servicios es el 24-03-2009, desestimado este motivo del recurso en todo lo demás resultando con ello inmodificado el resto del referido hecho.

TERCERO.- Con amparo procesal en la *letra c) del art 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido los *artículos 218.1 de la LEC, 24 de la Constitución, 10.2 y 1 de RD 1424/1985* así como los también *artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la LPL*.

Se argumenta en primer lugar que la sentencia de instancia no es clara ni es congruente , si bien el cauce procesal adecuado hubiera sido la *letra a) del art 191 de la LPL* , contestaremos a la infracción alegada

Tal motivo del recurso debe de ser desestimado pues , en cuanto a la vulneración del *artículo 24 CE EDL 1978/3879* , pretende olvidarse un dato básico, y es que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en derecho (SSTC 10/2000 EDJ 2000/91 , de 17/Enero, F. 2, 88/2004 EDJ 2004/25770 , de 10/Mayo, F. 5; 172/2004 EDJ 2004/152364 , de 18/octubre , F. 6). Y el TS Sala 4ª, S 3-3-1988 . Pte: Tuero Bertrand, Francisco , viene a señalar " ...que en todo proceso contencioso hay dos partes enfrentadas y que la tutela efectiva de jueces y Tribunales que toda persona tiene derecho a obtener y que ampara el ejercicio de derechos e intereses legítimos, no se deniega, sino todo lo contrario, cuando los órganos jurisdiccionales en cumplimiento de su función emiten las resoluciones que en justicia y derecho procedan, aunque no sean satisfactorias para las pretensiones de uno de los litigantes, por todo lo cual el recurso debe ser desestimado en concordancia con lo dictaminado por el Ministerio fiscal. Pues como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1995, de 19 junio EDJ 1995/2616 , el *artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879* no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de suerte que «si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente las pretensiones no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales» (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1987, de 6 marzo EDJ 1987/29 y 91/1995, de 19 junio EDJ 1995/2616), pues «sólo la omisión o falta total de respuesta y no la respuesta genérica o global a la cuestión planteada entraña vulneración de la tutela judicial efectiva» (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1995, de 19 junio EDJ 1995/2616). «El silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que ello pueda deducirse de otros razonamientos de la sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no es necesaria o imprescindible» (Sentencias del Tribunal Constitucional 68/1988, de 18 abril EDJ 1988/384 y 21 mayo 1996 EDJ 1996/2145). En definitiva por el hecho que la sentencia recurrida no acoja las pretensiones de la demandante hoy recurrente no por ello se ha vulnerado el *art 24 de la Constitución*, vulneración que no se ha producido en la sentencia recurrida. Tampoco entendemos que la sentencia de instancia hubiera infringido el *art 218 de la LEC* pues es cierto que sobre los Tribunales pesa el deber de que, al dictar sus Sentencias, éstas sean claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan condenando o

absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. La claridad significa la posibilidad de que su contenido sea comprendido sin dificultad. La precisión implica que se decidan de forma inequívoca, las cuestiones controvertidas, utilizando para ello las expresiones adecuadas, y por «congruencia» ha de entenderse -como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de febrero de 1981, con cita de las de 30 de marzo de 1970 y 7 de abril de 1979, de 16 de octubre de 1981 \3986), 1 de julio y 23 de octubre de 1982 y 15 de diciembre de 1983-, la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del pleito; de modo que se presenta o aparece como una relación de conformidad entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia, como es lógico, puesto que se trata de un requisito de la misma, y el otro término de comparación es el constituido por la demanda y las demás pretensiones deducidas oportunamente en la litis; pero de la sentencia, sólo ha de tomarse en consideración su parte dispositiva o fallo, lo que quiere decir que una sentencia no es incongruente si su fallo se conforma con lo postulado por las partes -en la demanda y reconvención, en su caso-, aunque no lo haga en su fundamentación. Y por correlación entre pretensión y fallo se entiende la adecuación entre una y otro, por lo que la congruencia exige lo siguiente: a) Que el fallo no contenga más de lo pretendido por las partes; y se falta a este requisito, incurriendo en «incongruencia positiva», cuando la parte dispositiva de la sentencia concede o niega lo que por nadie se ha pedido; b) Que el fallo no contenga menos de lo pretendido por las partes, incurriendo en «incongruencia negativa» cuando la sentencia omite la decisión sobre algunas pretensiones de la demanda o de la reconvención; y c) Que el fallo no contenga nada distinto de lo pretendido, y se falta a este requisito, incurriendo en «incongruencia mixta», cuando la parte dispositiva de la sentencia sustituye alguna de las pretensiones formuladas por las partes, por otra que no ha sido formulada.

Pues bien en el presente supuesto como antes hemos ya apuntado puede no compartirse los razonamientos y argumentos de la misma y ello no quiere decir que sea incongruente, el fallo de la misma, que es a lo que debemos de estar, resuelve la pretensión ejercitada. Y así en el suplico de la demanda se solicita que se declare el despido nulo o subsidiariamente improcedente, por el Magistrado de instancia se desestima la demanda pues entiende que no se ha producido un despido se resuelve por lo tanto la pretensión ejercitada no existe incongruencia en ninguna de las variantes apuntadas por nuestra doctrina y jurisprudencia en los términos expuestos.

Por lo que respecta al resto de artículos citados por la parte recurrente como infringidos por la sentencia de instancia los contestaremos de forma conjunta. Así se alega por la recurrente que se vulnera el *art 10.2 del RD 1424/1985* porque considera que no ha existido desistimiento sino que la decisión de la empleadora de extinguir la relación laboral de la actora debe entenderse que es un despido y calificarse el mismo como nulo pues la actora estaba embarazada cuando fue despedida y que al no haberlo entendido así por el Magistrado de instancia se habrían vulnerado los *artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores* en relación con el *art 108.2 de la LPL*.

Por el Magistrado de instancia se argumenta que no se ha producido un despido sino pues la trabajadora demandante que es a quien le incumbe probarlo no lo ha hecho.

La primera cuestión por lo tanto que se nos plantea es si la demandada extinguió la relación laboral de la trabajadora y si tal decisión debe de calificarse como despido.

Para resolver esta primera cuestión debemos de tener particularmente en cuenta los siguiente extremos:

-La actora ha venido prestando sus servicios para la demandada como empleada de hogar

-La demandada procedió con fecha 30-3-2010 a dar de baja a la actora en al Seguridad Social tras ponérselo en conocimiento de la mediante un mensaje telefónico.

Cierto es que despido es un hecho que ha de probar el trabajador, en cuanto "constitutivo" en sentido técnico-procesal de la acción que ejercita, ha de entenderse, sin embargo, con una cierta dosis de flexibilidad teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, tanto más en cuanto que se aceptan y regulan en nuestro ordenamiento los efectos de los despidos verbales y tácitos.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado en Sentencias de fechas 21/02/1991 y 30/03/1995 EDJ 1995/1886, ambas dictadas en Recursos de Casación para la Unificación de Doctrina, que el despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta entonces, que le unía al trabajador despedido. Y la expresión "despido" no debe entenderse exclusivamente referida al que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena a su incumplimiento

contractual grave y culpable (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 02/03/1994) EDJ 1994/1883 .

En definitiva, si el despido consiste en la voluntad unilateral del empleador en dar por terminada la relación de trabajo que le une con el trabajador, tal voluntad puede ser manifestada de forma expresa, y en su caso debidamente formalizada por escrito o solo expuesta verbalmente, o bien tácitamente, esto es, por actos del empresario de los que se puede deducir de manera directa e indubitada la decisión de extinguir la relación laboral.

Conforme a todo lo anterior entendemos que el hecho de dar de baja a la trabajadora en la Seguridad Social y hacérselo saber mediante un mensaje telefónico supone una clara intencionalidad de la empleadora de extinguir la relación laboral de la trabajadora y esta intencionalidad se desprende de los propios hechos y comportamientos de la empleadora no consta que hubiera ofrecido a la trabajadora que continuara prestado sus servicios , limitándose a señalar que fue la trabajadora quien cesó voluntariamente . Y el cese voluntario no se presume sino que se exige que se exteriorice la voluntad extintiva, tanto de forma expresa, por manifestación verbal o escrita, como de modo tácito, deducida de actos o hechos demostrativos del inequívoco propósito de resolver la relación laboral, SSTs. 16 diciembre 1980, 27 junio 1983, 19 de diciembre 1978 y 29 marzo 2001 , evidenciando su inequívoca, clara y terminante voluntad de abandonar el puesto de trabajo, pues la dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con la finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido lo que por parte de la empleadora no se ha probado ni consta hecho probado alguno en la sentencia recurrida del que se pueda llegar a la conclusión que ha existido un cese voluntario en la prestación laboral de la trabajadora . En definitiva cabe concluir que la empleadora procedió a despedir de modo tácito a la trabajadora, cursando su baja en la Seguridad Social y cuya baja le comunicó mediante un mensaje por teléfono.

Llegados a este extremo la siguiente cuestión que se plantea es si se ha producido un desistimiento conforme el *art 10.2 del RD1424/1985 de 1 de agosto* o como mantiene la parte recurrente si debe de calificarse como despido al no concurrir los requisitos exigidos para que la decisión de extinguir la relación laboral por parte de la empleadora pudiera calificarse de desistimiento. Y en este sentido debemos de recordar la STS de fecha 27-6-2008 ,dictada en Unificación de Doctrina y citada por la recurrente viene a señalar reiterando la doctrina de la misma Sala en concreto la de 5-6-2002 que concurre un despido, ya que, si bien el dueño de la casa puede libremente despedir o desistir, debe comunicar expresamente al trabajador que hace una cosa u otra para que éste sepa cuáles son los efectos derivados de una u otra conducta; y en caso de falta de claridad, se debe calificar el despido como improcedente, teniendo en cuenta que el desistimiento exige un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida. Pues bien en el presente supuesto no consta que la empleadora no hubiera comunicado a la trabajadora por escrito su desistimiento ni en consecuencia le preavisó y menos aún puso a su disposición la indemnización prevista en el *art 10.2* en relación con el *art 9.3 del RD 1424/1985 de 1 de agosto* ignorando por lo tanto la trabajadora si aquella había extinguido la relación laboral por desistimiento o por despido . Por lo tanto y siguiendo la doctrina antes expresada en el supuesto enjuiciado debemos de llegar a la conclusión que se ha producido un despido y no un desistimiento.

La siguiente cuestión, siguiendo con ello las normas citadas por la parte recurrente como infringidas, es si el despido debe de ser calificado como nulo, puesto que la trabajadora cuando fue despedida estaba embarazada o improcedente. Cuestión esta no exenta de cierta polémica puesto que el RD 1424/1985 de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar no contempla el despido nulo . Y en tal sentido, de calificar el despido como nulo, se pronunciado la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 24-11-2008 rec 4191/2008 , donde señala ".....Ahora bien, las consideraciones que preceden no permiten, por ahora, dar una respuesta satisfactoria a la controversia planteada, pues si, pese a la gravedad intrínseca que toda lesión de derechos fundamentales comporta, y más en este caso por los principios constitucionales en entredicho, acabásemos declarando improcedente el despido de la actora por el simple hecho de que la norma reglamentaria que regula el servicio del hogar familiar, que data de 1.985, no previó la posibilidad de tal nulidad, estaríamos incurriendo en igual defecto de obviar la realidad social actual y, a su vez, soslayando la intensidad del canon de enjuiciamiento que tales derechos merecen. Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2.008, de 21 de julio EDJ 2008/130769 " y se sigue razonando en la citada sentencia, ".... En resumen, si la relación laboral que vincula a las partes hubiera sido ordinaria, la aplicación del *artículo 55.5 b) de la Ley del Estatuto de Trabajadores*, precepto que, entre otros supuestos, se refiere a la trabajadora embarazada, y cuyo núcleo normativo esencial es, incluso, anterior a la *Ley Orgánica 3/2.007 EDL 2007/12678* , pues proviene de la redacción introducida por la *Ley 39/1.999, de 5 de noviembre EDL 1999/63356* , para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, conduciría ineluctablemente a declarar la nulidad del despido sometido a debate, que no respondió a motivo disciplinario alguno, por lo que mal pudo reputarse de procedente, al erigirse el estado de gravidez de la mujer en causa objetiva que, en todo caso y sin necesidad de ninguna

otra consideración adicional, determina tan repetida nulidad, y sin que, para ello, sea menester acudir a lo dispuesto en el ordenamiento comunitario, así, a guisa de ejemplo, en las Directivas 76/207/CEE, 92/85/CEE y 2.002/73/CE."

Criterio esta que también es compartido por esta Sala de lo Social que , y es que el citado RD 1424/1985 de 1 de agosto que es un reglamento, en ningún caso podrá entrar en contradicción con lo dispuesto en una norma de superior rango en aplicación del principio consagrado en el *art 9.3* de en nuestra Constitución de jerarquía normativa debiendo en su caso ser inaplicado *art. 6 de la LOPJ* donde se señala que los Jueces y Tribunales no aplicaran los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución , a la ley o al principio de jerarquía normativa. Señalamos lo anterior porque entendemos que conforme el *art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo* , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". Y el *artículo 10* de la norma antes dicha establece que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias, garantizándose en el *artículo 12* de la norma reiterada el acceso a la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el *art. 53.2* de la Constitución y la Disposición Derogatoria Única de la citada Ley Orgánica establece la derogación de cuantas normas de igual o superior rango se oponga a la citada Ley . Asimismo se ha de significar que partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el *artículo 14* de la Constitución, la doctrina del Tribunal Constitucional ha estimado diversos Recursos de Amparo por este motivo también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto sobre resolución del contrato de trabajo en período de prueba (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 94/1984, de fecha 16/10/1984, y 166/1988 , de fecha 26/09/1988), o la no renovación de contrato de trabajo temporal (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/1994, de fecha 07/06/1994).

Por tanto, cuando una trabajadora alega frente a su despido, la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de sexo, una vez acreditada su situación de embarazo, corresponde a la parte demandada probar que dicho despido responde a motivos no relacionados con la maternidad, justificando una causa objetiva, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad , lo que la empleadora en este supuesto no ha probado que se limitó a dar de baja a la trabajadora en la Seguridad Social comunicándole por teléfono tal baja sin alegar causa alguna. Y es que el *art. 13.1* del mismo texto normativo dispone que : "De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad". Ahora bien la consecuencia jurídica de la nulidad del despido teniendo en cuenta que estamos ante dos derechos fundamentales en conflicto, de un lado la prohibición de toda discriminación, más aún cuando su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar *art 18.1 de la CE* que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica. Lo que el mismo *Real Decreto 1.424/1.985* se cuidó de destacar en su preámbulo, al poner de relieve que: "(...) ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar". Y entendemos siguiendo el criterio de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad de Madrid , antes citada ".....que los efectos de la nulidad no sean los propios del *artículo 113 de la Ley Procesal Laboral* , sino los que entraña la declaración de improcedencia en punto al abono de la indemnización legal, única forma de preservar, las más de las veces, su integridad física y moral -en suma, personal-, y sin perjuicio de la eventual indemnización adicional que también pudiera reclamarse, consideramos que, dada la primacía del derecho a la intimidad en lo que a tales efectos respecta, también en el caso enjuiciado debemos obrar así. Se trata, en definitiva, de calificar como nulo el despido por el especial reproche jurídico que merece y, además, por ser consecuencia obligada de lo que la doctrina constitucional considera causa objetiva de tan repetida nulidad, mas únicamente a efectos declarativos, dotando, empero, a esta declaración de las consecuencias propias del despido improcedente, como única forma de salvaguardar también el derecho a la intimidad de los componentes de la unidad familiar. Y sigue señalando la sentencia cita en cuanto a la indemnización a percibir y en su caso si procede o no el abono de los salarios de tramitación "... En primer lugar, hemos de determinar si la indemnización que procede en estos casos es la prevista en el *artículo 10.1 del Real*

Decreto 1.424/1.985 para el despido improcedente, o bien, por contra, la fijada en el *artículo 56.1 a)* del Estatuto de los Trabajadores, que es la que, a la postre, se pretende en el suplico de la demanda rectora de autos. Teniendo en cuenta que aquella norma reglamentaria no contempla la posibilidad de declarar nulo el despido en el ámbito del servicio del hogar familiar, realidad que la normativa legal posterior que se promulgó en defensa de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ha venido a alterar radicalmente -no nos estamos refiriendo sólo a la *Ley Orgánica 3/2.007*, sino también a la *Ley 39/1.999* -, no nos cabe duda de que la procedente no es otra que la establecida en el citado precepto estatutario, pues, no se olvide, el despido ha sido declarado nulo, si bien modulando sus efectos en atención a hecho tan relevante como que la prestación de servicios se desarrolla en el seno del hogar familiar." Y en cuanto a los salarios de tramitación si bien, la jurisprudencia es pacífica al proclamar que el despido improcedente en el ámbito del servicio del hogar familiar no genera derecho a tales salarios. Sin embargo y teniendo en cuenta que se ha declarado la nulidad del despido con los efectos del despido improcedente propio de la normativa común entendemos que tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación como antes se ha declarado para la determinación de la indemnización .

Por lo tanto procederá la estimación parcial de recurso en los términos expuestos declarando el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de 650# teniendo en cuenta para el calculo de la misma que la antigüedad de la trabajadora es 24-3-2009, el salario es de 400#/mes, que el que venia percibiendo al momento del despido y que la fecha del despido fue 30-3-2010, (STS 31-10-2007) al computarse el resto del mes como mes completo , asi como a los salarios de tramitación desde la fecha del despido (30-3-2010) hasta la notificación de la presente resolución, desestimando el recurso en todo lo demás, sin que proceda la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que estimando en lo procedente el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la trabajadora D^a Juan Pablo frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos con fecha 24-06-2010 , en virtud de demanda formulada por la recurrente frente a D^a Ángela , sobre despido, y con revocación de la misma y estimación en lo procedente la demanda debemos declarar el despido de la trabajadora nulo por lesivo del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, en su consecuencia, abone a la trabajadora una indemnización en cuantía de 650 euros, debiendo asimismo abonarle los salarios de tramitación a razón de 400#/ mes desde la fecha del despido 30-3-2010, hasta la notificación de la presente resolución , desestimado el recurso y con ello la demanda en todo lo demás y absolviendo a la empleadora de los demás pedimentos deducidos en su contra en la demanda. Sin costas

Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en los *artículos 100 de la Ley de Procedimiento Laboral, 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y sus concordantes y firme que sea la presente, contra la que cabe interponer recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina para ante el Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes de su notificación, devuélvanse los autos junto con testimonio de esta Sentencia, incorporándose otro al rollo que se archivará en la Sala, al Juzgado de lo Social de procedencia para su ejecución.

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