



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**  
**SALA DE LO SOCIAL**  
**SEVILLA**

**ILTOS. SRES.:**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. ELENA DÍAZ ALONSO**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD**

**D. CARLOS MANCHO SÁNCHEZ**

En Sevilla, a catorce de Julio de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,  
compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

### **SENTENCIA NÚMERO 2108 /22**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> XXXXXXXXXXXX, representada por la Sra. Letrada D<sup>o</sup>. Ana García Ordiales, contra la sentencia de 14 de septiembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en sus autos núm. 0165/19; ha sido **Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, la recurrente fue demandante contra ZZZZZZZZZZ, en demanda de despido, se celebró el juicio y el 14 de septiembre de 2020 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

siguientes:

“PRIMERO.- D<sup>a</sup> XXXXXXXXXXX, N.I.F. LLLLLLLLLLLLLL, vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de D<sup>a</sup> ZZZZZZZZZZ, como empleada de hogar, con una antigüedad de 22.5.2018, a tiempo parcial (28 horas semanales), distribuidas de lunes, miércoles, jueves y viernes de 8.30 a 13.30 horas, y lunes y miércoles de 17.30 a 21.00 horas, descansando los martes, con un salario mensual de 600,98 euros, suscribiendo al respecto el contrato de trabajo temporal (folios 96 a 100).

SEGUNDO.- La Sra. ZZZZZZZZZZ trabaja como abogada, y se ha visto obligada a despedir a trabajadores de su despacho (folios 109 a 114).

TERCERO.- La Sra. ZZZZZZZZZZ, en el primer trimestre de 2018 tuvo una base imponible de IVA 22.547,71 euros (folio 115 vuelto); en el segundo trimestre de 2018 16.271,62 euros (folio 118 vuelto); en el tercer trimestre 11.106,40 euros (folio 121 vuelto), en el cuarto ejercicio 10.776,37 euros (folio 124 vuelto). En el ejercicio 2019, en el primer trimestre del IVA tuvo una base imponible de 12.913,01 euros (folio 127 vuelto), en el segundo trimestre 8.192,03 euros (folio 130 vuelto).

CUARTO.- En noviembre de 2018 la empleadora y su marido sabían que la actora estaba embarazada. El marido le envió un whatsapp el día 28.11.2018 dándole la



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

enhorabuena (folio 142). El mismo día también lo hizo la Sra. ZZZZZZZZZZ (folio 143).

QUINTO.- En fecha de 14.12.2018 la empleadora, por vía whatsapp, le propuso a la actora de lunes y miércoles con las niñas, y que si no lo aceptaba tendría que extinguir el contrato (folio 102).

NOVENO.- La actora no aceptó la modificación.

DÉCIMO.- La demandada, en fecha de 17.12.2018, le comunicó la extinción del contrato basada en desistimiento del empleador motivada por no aceptación de la trabajadora de modificación de horarios por motivos de reestructuración familiar propuesta.

Los efectos de la extinción por desistimiento se producirán desde el día 31 de diciembre de 2018, que será el último día de prestación de servicios.

En este mismo acto se comunica indemnización y forma de pago correspondiente a la extinción del contrato por desistimiento, que asciende a 122,50 euros, cuantía equivalente al salario correspondiente doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades, así como las cantidades correspondientes a la liquidación de su contrato, tal como mensualidad del mes de diciembre puesto que



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

las vacaciones y p. extraordinarias ya han sido abonadas a la trabajadora. Tales cantidades serán ingresadas en la cuenta bancada de la trabajadora el mismo día 30 de diciembre de 2018.

Lo que se notifica con el debido preaviso de siete días de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.3 del citado Real Decreto 1620/2011, rogando se sirva firmar la comunicación de la presente a los exclusivos efectos de constancia de la notificación. (folio 5).

UNDÉCIMO.- La empleadora le transfirió la cantidad de 294,66 euros en fecha de 19.12.2018 en concepto de salario de diciembre (folio 93) y en la misma fecha la cantidad de 122,50 euros en concepto de indemnización por desistimiento (folio 94).

DÉCIMOSEGUNDO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 21.1.2019, que fue celebrado sin avenencia el día 12.2.2019 (folio 12), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento. “

**TERCERO.-** La demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

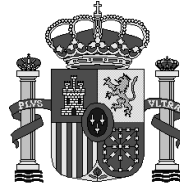


Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión despido, al considerarse que *“en este caso ha existido un desistimiento, que se comunicó cumpliendo con las formalidades legales”*, se alza la demandante por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 11.3 y 4 RD 1620/2011 por incumplimiento de las formalidades legales. Se denuncia la infracción del art. 55.4.b) ET con el argumento que se está ante un despido que trae causa en un embarazo. La recurrente pretende el que se califique de despido improcedente y sea condenada la demandada a una indemnización equivalente a los salarios que hubiera percibido desde el despido hasta la sentencia de suplicación.

La impugnante alega la caducidad de la acción lo que hemos de rechazar de plano en cuanto esa parte al haber visto desestimada tal excepción, debió anunciar recurso de suplicación y cumplir las demás exigencias legales, con lo que al no hacerlo así le ha precluido la posibilidad de alegarlo y aquí, por la vía del art. 197



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

LRJS, no puede argüirla impugnando.

**SEGUNDO.-** Respecto al primer argumento, incumplimiento de requisitos formales, entendemos que el desistimiento se puede producir en cualquier momento que el empleador lo considere oportuno, sin necesidad de alegar causa alguna, es un despido libre, por lo que, si se cumplen sus requisitos, no cabe que sea declarado improcedente o nulo, más puesta a disposición simultáneamente a la comunicación la indemnización correspondiente, cierto que con un error de unos 17€, no puede llevar la calificación pretendida por error excusable.

**TERCERO.-** Alegada la infracción del art. 55.4.b) ET, despido nulo objetivo por embarazo, la debemos estimar dados los hechos probados -”*En noviembre de 2018 la empleadora y su marido sabían que la actora estaba embarazada.../... La demandada, en fecha de 17.12.2018, le comunicó la extinción del contrato basada en desistimiento del empleador.../...*”- pues el embarazo de la trabajadora determina que se apliquen los criterios del art. 55 ET pues tras el RDL 6/2019 el legislador ha optado por extender la protección objetiva por embarazo tanto a los supuestos de despido objetivo y disciplinario, como también se proyecta sobre el desistimiento, como de forma expresa sobre el periodo de prueba con lo que la protección objetiva



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar (STS 11 de enero 2022, rec. 2099/2019).

En suma, la aplicación del artículo 11 RD 1620/2011 no excluye la del citado art. 55.5.b) ET que dispone la nulidad objetiva del despido de “las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)” y por tanto el despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada.

**CUARTO.-** Calificado el desistimiento del 17 de diciembre de 2018 de despido nulo objetivo, resta analizar las consecuencias y en especial la readmisión en cuanto la demandante limita su pretensión a las consecuencias de un despido improcedente más el abono de una indemnización equivalente a los salarios que hubiera percibido hasta esta sentencia.

Es decir, se nos plantea si cabe o no la aplicación de la **regla de inalienabilidad** de derechos en cuanto es la propia trabajadora despedida quien cuestiona la readmisión. **La trabajadora pretende enajenar su derecho a la readmisión por una indemnización.**

Se produce una antinomia entre el art. 11 RD 1620/2011 y el art. 55.6 en





Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

relación con el art. 55.5.b) ET, el primero no contempla la nulidad de la decisión de extinguir de estas empleadas y el ET sí. Tras el RDL 6/2019 la regla solo puede ser la del art. 55.6 ET, dada la calificación del art. 55.5.b) ET. A igual conclusión llegaríamos si aplicamos el art. 6.2 CC.

Cuando el Derecho fija unas consecuencias a unos daños objetivamente (con independencia del cuidado o el nivel de actividad desplegados por el dañante) **no cabe utilizar un sucedáneo del mercado permitiendo a los particulares ponderar, en este caso la dignidad de la mujer, esto es, ponerle un precio.**

El carácter de derecho fundamental a la no discriminación, en este caso por razón de sexo en cuanto la demandante es una mujer embarazada, es un argumento para distinguir los casos en los que debe contabilizarse en la valoración de si aumenta el bienestar total limitar la autonomía privada y por tanto no cabe alienar un derecho reconocido por el art. 55.6 ET.

Entendemos que es más deseable vivir en una Sociedad en la que las trabajadoras puedan embarazarse sin temor a represalias, que en una Sociedad en la que los contratos de trabajo hicieran inexistente prácticamente tal posibilidad, de forma que si la extensión de la posibilidad de “permutar” lo legalmente reconocido



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

por un “precio” tienen ese efecto, debemos negar la validez porque aquellos que tienen una preferencia de menor intensidad (están dispuestas a renunciar a la readmisión a cambio de un precio) estarían afectando a las que tienen una preferencia intensa por conservar ese derecho.

Las preferencias son más o menos merecedoras de protección porque su realización práctica favorezca más o menos las posibilidades de los individuos de llevar una vida digna y de desarrollar libremente su personalidad -art. 10 CE-. Cuanto más próxima esté la preferencia a la posibilidad misma de vivir y de hacerlo dignamente (preferencia por no ser lesionado o sufrir daño físico o torturas o a que no nos impidan cualquier libertad de movimientos o preferencia por poder expresarnos más o menos libremente...o preferencia por tener descendencia) mayor será el valor que cabe atribuir a la preferencia y más nos aproximaremos a considerarla una preferencia inviolable. Y, si ello lo enlazamos con el carácter inviolable de la dignidad humana, se entenderá perfectamente que cuanto más valiosa para una vida digna sea una preferencia, más razones habrá para considerar que un pacto contractual por el que se ponga un precio a la misma genera una externalidad sobre la población en su conjunto que reduce el bienestar



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

general en la medida en que el nivel de dignidad de la población en general se verá reducido según se puede inferir de este caso en que si damos validez a esta opción contraria al art. 55.6 ET y se generaliza, admitiéndose en muchos casos, aquellas trabajadoras con una preferencia elevada por embarazarse recibirán condiciones mucho peores que las que no tienen esa preferencia intensa por la posibilidad de embarazarse, con lo que a las primeras la opción antes dicha les perjudica.

En suma, debemos **aplicar la regla de inalienabilidad ante extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales en las que a pesar de que el ofensor u ofendida estén dispuestos a pagar una cantidad no cabe consentir que se ejecute su voluntad.** La intervención colectiva vía normativa fija unos criterios de responsabilidad y de valoración dadas las imperfecciones propias del modelo de mercado y por ello, el ordenamiento jurídico, por motivos de orden público, declara la inalienabilidad de las titularidades de los individuos. Se prohíben determinadas transacciones (y por lo tanto, el juego del mercado) porque colectivamente se consideran intolerables, al margen de la utilidad, que no eficiencia, que tales operaciones pudiera acarrear.

**QUINTO.-** Además, por añadir razones del porqué es de aplicación el art.



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

55.6 ET sin excepción, se debe superar el nominalismo de la regulación del servicio doméstico pues nos encontramos ante un amplio mercado, muy eficiente (un elevado porcentaje, el 14,4%, de nuestros hogares cuenta con servicio doméstico prestado de forma regular) en que los empresarios son un enorme número de ciudadanos normales y corrientes que no pueden negar su condición de empleadores y sin que podamos compartir las falacias del preambulo de la norma que cualquier lector no avisado puede pensar que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado. Como si no se prestase a cambio de una contraprestación económica, en su mayor parte monetaria; es una obviedad que las empleadas domésticas no trabajan por placer ni amor al arte, y aún menos por devoción a sus empleadores.

Tan falaz es el preambulo que para identificar al empleador, se recurre al subterfugio de dotar al hogar de un “titular” cuando, en nuestra práctica jurisdiccional, para identificar al empleador hay que acudir al concepto general de empresario laboral, definido en el ET, por el cual, “serán empresarios todas las personas.../... que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior”, esto es, la de aquellos “trabajadores que voluntariamente



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”. La apelación a la confianza es otra falacia que no puede justificar la excepcionalidad del régimen pues los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas y, en la regulación del mercado de trabajo no se opta por dar importancia la confianza salvo en el ámbito de los contratos de dirección, en el resto esa variable carece de escaso protagonismo en la regulación laboral.

En fin, un extinción unilateral discriminatoria por embarazo tiene una solo consecuencia: la readmisión obligatoria.

Al no entenderlo así la sentencia, se revoca declarándose el cese del 30 de diciembre de 2018 como un despido nulo con las consecuencias del art. 55.6 ET.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## **FALLAMOS**

Con **estimación del recurso** de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> XXXXXXXXXXXX,

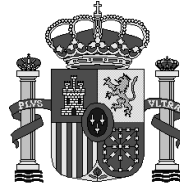


Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

contra la sentencia de 14 de septiembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en sus autos núm. 0165/19, en los que la recurrente fue demandante contra D<sup>a</sup>. ZZZZZZZZZZ, en demanda de despido, y como consecuencia **revocamos dicha sentencia y declaramos nulo el despido de 30 de diciembre de 2018 de D<sup>a</sup> XXXXXXXXXXXX condenándose a la demandada D<sup>a</sup>. ZZZZZZZZZZ a la inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir.**

Se advierte a la parte condenada que, tanto si recurre ella como si lo hace la actora, al tratarse de nulidad radical, deberá readmitir a la parte demandante en su puesto de trabajo, con abono de la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad al despido, salvo que prefiera realizar tal abono sin contraprestación alguna.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber



Recurso nº 3149/20-C, sentencia nº 2108/22

efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66-3149-20, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un “Recurso”. Si se efectúa mediante transferencia, la cuenta es: 0049-3569-92-0005001274. (IBAN: ES55 0049 3569 9200 0500 1274). Debiendo hacer constar en “Beneficiario”, el órgano judicial y en “Observaciones o concepto”, los 16 dígitos de la cuenta-expediente en un solo bloque. [4052.0000.66.3149.20].

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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