

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Ene. 2009, rec.  
1758/2008**

**Ponente: Souto Prieto, Jesús.**

**Nº de Recurso: 1758/2008**

**Jurisdicción: SOCIAL**

DESPIDO NULO. Discriminación por razón de sexo. Nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada. Aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre nulidad del despido de trabajadora embarazada. Exclusión de la necesidad del conocimiento del empresario del embarazo de la trabajadora como determinante del enjuiciamiento del despido por vulnerar la tutela judicial efectiva de la trabajadora. VOTO PARTICULAR.

*El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa contra la sentencia del TSJ Cataluña dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda de la trabajadora en reclamación de la nulidad de su despido.*

**Texto**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Enero de dos mil nueve.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Luis Carreras García, en nombre y representación de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 17 de enero de 2008, dictada en el recurso de suplicación número 6805/07, formulado por D.ª Nerea, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Reus de fecha 8 de febrero de 2007, dictada en virtud de demanda formulada por D.ª Nerea, frente a la empresa Atlas Servicios Empresariales, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D.ª Nerea, representada por el letrado D. Fernando Cantos Viñals.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS SOUTO PRIETO.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de febrero de 2007, el Juzgado de lo Social número 1 de Reus, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda presentada por DÑA. NEREA sobre despido contra ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A. DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la expresada demandada de las pretensiones formuladas en su contra».

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: «PRIMERO: La demandante, DÑA. NEREA, provista de DNI, ha venido prestando servicios para le empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A. desde el 28/1/06, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, con categoría profesional de manipuladora y salario mensual promediado de 1.417,39 euros con inclusión de prorrata de pagas extras (hecho no controvertido en relación a la categoría profesional y a la antigüedad y documentos n.º 2 a 12 de la demandada en relación al salario). SEGUNDO: El día 5/10/06 a las 17,11 horas, la empresa remitió escrito vía burofax a la trabajadora Dña. Elisa comunicándole que se procedía a su despido disciplinario con efectos del día 5/10/06. El mismo día a las 17:13 horas remitió burofax a la trabajadora Dña. Lara comunicándole que se procedía a su despido disciplinario con efectos del día 5/10/06 y a las 18:35 horas burofax a la trabajadora Dña. Francisca, comunicándole su despido disciplinario con efectos de 4/10/06. En los tres casos la empresa reconoció la improcedencia del despido (documentos n.º 26, 28 y 30 de la demandada). TERCERO: En fecha 5/10/06 a las 17:15 horas la empresa remitió burofax a la actora comunicándole que procedían a su despido disciplinario con efectos del día 5 de octubre de 2006 por haber incurrido en una disminución continuada y progresiva de su rendimiento de trabajo y en una inadaptabilidad a las necesidades requeridas por el puesto de trabajo. La empresa comunicaba a l mismo tiempo que reconocía la improcedencia del despido y que ponía a disposición de la trabajadora la cantidad de 1.492,32 euros en concepto de indemnización legal por despido (documento n.º 15 de la demandada). CUARTO: La actora fue dada de baja en la TGSS el día 5/10/06 (documento n.º 13 de la demandada). QUINTO: La actora fue dada de baja por los servicios médicos de la Seguridad Social el día 5/10/06 como consecuencia de embarazo de alto riesgo (documento n.º 3 de la parte actora y documento n.º 20 de la demandada). SEXTO: En fecha 6/10/06 a las 13:20 horas la empresa presentó escrito en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Tarragona manifestando que había procedido a ingresar en la cuenta de consignaciones la cantidad de 1.492,32 euros en concepto de indemnización legal de 45 días de salario por año de servicio, a disposición de la actora. La empresa remitió dicho escrito a la trabajadora vía burofax en fecha 6/10/06 a las 13:04 horas (documentos n.º 16 y 16 bis de la demandada). SÉPTIMO: En fecha 6/10/06 a las 15:21 horas la trabajadora remitió burofax a la empresa comunicándole su baja con fecha 5/10/06 «con el motivo de ser una baja por embarazo de alto riesgo» (documentos

n.º 4 y 5 de la parte actora y documento n.º 19 de la demandada). OCTAVO: A primeros del mes de septiembre de 2006 la actora comunicó a la trabajadora Dña. Francisca y a otras compañeras que se encontraba embarazada. Al tiempo de ser despedida, a la actora no se le notaba físicamente que estaba embarazada (testifical de Dña. Francisca). NOVENO: La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior a la extinción de su contrato de trabajo, la condición de Delegada de Personal, miembro del comité de empresa o Delegada Sindical (hecho no controvertido). DÉCIMO: La trabajadora presentó demanda de conciliación el 13 de octubre de 2006, celebrándose el preceptivo acto de conciliación el día 24 de octubre de 2006 con el resultado de intentado sin avenencia (folio 8)».

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el letrado D. Fernando Cantos Viñals en nombre y representación de D.ª Nerea, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia con fecha 17 de enero de 2008, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D.ª Nerea contra la sentencia de 8 de febrero de 2007 del Juzgado de lo Social número 1 de Reus, que REVOCAMOS; ESTIMAMOS la demanda y declaramos NULO el despido de la trabajadora, y condenamos a la demandada Atlas Servicios Empresariales, S.A. a readmitir a la trabajadora a su lugar de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión»

**CUARTO.-** El letrado D. Luis Carreras García, en nombre y representación de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, mediante escrito presentado el 6 de junio de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 19/07/2006 (recurso n.º 387/05). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 3 del Código Civil y 55.4 del ET en relación con la STC 25 de febrero de 2002, la Directiva Comunitaria 92/85 y art. 4.1 de la Recomendación núm. 95 de la OIT y los arts. 24, 14 y 38 de la CE.

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de Enero de 2009.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al art. 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es

necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario.

La trabajadora fue despedida, --con efectos 5 de octubre de 2006-- por motivos disciplinarios, en la misma fecha que otras tres compañeras de trabajo, reconociendo la empresa la improcedencia del despido poniendo a disposición de aquella la cantidad correspondiente a indemnización, que fue consignada judicialmente al día siguiente. El mismo día de la notificación del despido, la actora fue dada de baja por los servicios médicos como consecuencia de embarazo de alto riesgo. Consta acreditado que el estado de gestación no era conocido por la empresa en el momento del despido, y que en ese momento a la actora no se le notaba físicamente que estaba embarazada. (HP 8º).

La sentencia ahora recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de enero de 2008 (Rec. 6805/07), estima el recurso de la trabajadora y declara la nulidad del despido. Se debate si la dicción literal del art. 55.5 ET exige o no el previo conocimiento por parte del empresario del embarazo de la trabajadora a fin de operar la declaración de nulidad del despido, salvo que se demostrara la procedencia del mismo. La Sala, tras reproducir parcialmente la STS de 19 de julio de 2006, que se inclina por la opción de la exigencia de ese conocimiento como supuesto de hecho de la norma, señala que la misma cuenta con un fundamentado voto particular y que la propia Sala de Cataluña con posteridad al dictado de esa sentencia, se ha pronunciado en el sentido del voto minoritario --no exigencia del conocimiento por parte del empleador-- y que es en definitiva en el que sustenta la declaración de nulidad del despido. Se señala así mismo, que la posible contradicción entre la normativa europea --art. 10.1 de la Directiva 92/85-- y la interna, debe resolverse conforme al principio de norma más favorable al trabajador, y que en el caso es la nacional. Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por la empresa se interpone recurso unificador, alegando infracción de los arts. 55.5 b) ET en relación con el art. 3 del Código Civil y 55.4 ET, de la Directiva 92/1985 y arts 24,14 y 38 CE, invocando a efectos de sustentar la contradicción la sentencia de esta Sala IV, dictada en Sala General, de 19 de julio de 2006 (Rec. 387/05), y en la que como se indicaba anteriormente se revoca la declaración de nulidad del despido de una trabajadora a la que le fue comunicado su despido por razones disciplinarias, y en la misma notificación se reconocía la improcedencia y se ofrecía una indemnización que fue objeto de consignación. Dos días después del despido la trabajadora verificó un test de embarazo, cuyo resultado fue positivo; en ningún momento se notificó a la empresa el embarazo. La Sala IV, estima que es necesario el «conocimiento por el empleador del estado de embarazo» como elemento o requisito constitutivo del despido nulo de la mujer embarazada y que la Ley 39/1999 concibe dicha calificación como un supuesto particular de

«despido discriminatorio», esto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares. Razonamiento que se apoya también en el principio de seguridad (art. 9.3. CE), a lo que se une un argumento de interpretación histórica y de interpretación conforme a Derecho Comunitario, puesto que una de las fuentes de inspiración de la Ley 39/1999 es la Directiva 92/85. En todo caso, no se exige la «comunicación» al empresario del estado de embarazo. Basta con que éste tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurren razones que justifiquen la calificación de improcedencia.

En ambos casos se produce la identidad sustancial que exige el art. 217 LPL, pues en los dos supuestos se trata de trabajadoras que han sido despedidas, estando en ese momento en estado de gestación, sin que en tal momento tuviese conocimiento de ello el empresario, debatiéndose en ambos casos si, en tales circunstancias, el despido debe ser calificado como nulo o como improcedente.

**SEGUNDO.-** La censura jurídica se concreta en la infracción del art. 55.5 b) ET en relación con el art. 3 del Código Civil y 55.4 del ET en relación con la STC 25 de febrero de 2002 (LA LEY 3025/2002), la Directiva Comunitaria 92/85 y art. 4.1 de la Recomendación núm. 95 de la OIT, y los artículos 24, 14 y 38 de la CE.

La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. (Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006, (Recs. 387/05 y 1452/05 (LA LEY 119716/2006)), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (Rec. 2520/06) (LA LEY 132567/2007).

Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en sentencia de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/07) (LA LEY 189333/2008), en la cual se señala:

«Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal».

La doctrina del Tribunal Constitucional puede, con sus propias palabras, resumirse así:

«Resultando inequívoco, conforme a nuestra doctrina, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora -o por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo (STC

17/2007, de 12 de febrero, Fj6), constituye una discriminación por razón de sexo, en el asunto ahora considerado, como en los analizados en nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, así como, desde una perspectiva diferente, en la STC 62/2007, de 27 de marzo, la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada. Como hemos señalado en otras ocasiones, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, «para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio...

En definitiva, nuestra doctrina ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión...

La decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido «motivado» por el embarazo es, por tanto, conforme con nuestra doctrina, en los términos en que ha quedado expuesta, al no haber aportado la trabajadora al proceso --como le incumbía-- indicios de la vulneración de su derecho fundamental...

La anterior constatación no agota, sin embargo, el análisis de la demanda de amparo, dado que en ésta, entremezclada con la queja anterior, se plantea por la demandante una segunda queja, claramente diferenciada y que requiere de un análisis específico. Según dicha queja las resoluciones judiciales recurridas habrían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE al no haber aplicado la norma que establece que el despido de una trabajadora embarazada será nulo, exigiendo la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, requisito que no figura en el precepto legal, el cual, por tanto, habría sido aplicado de manera arbitraria por los órganos judiciales. Se plantea, en definitiva una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora por la interpretación efectuada por los órganos judiciales del art. 55.5 LET, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras...

La modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias --citándose, expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en Septiembre de 1995-, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los arts. 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución....

Antes de continuar con nuestro análisis resulta preciso establecer que el canon aplicable en este caso es el propio del art. 24.1 en relación con el art. 14 CE, canon que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, conlleva, en primer lugar, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ3), lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación

arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad, sería tan solo mera apariencia (SSTC 147/1999 de 4 de agosto, FJ3; 25/2000 de 31 de enero, FJ2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ6; 55/2003 de 24 de marzo, FJ6 y 262/2006 de 11 de septiembre, FJ5).

Se trata, no obstante, de un canon reforzado (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ2; 203/2002 de 28 de octubre, FJ3; y 28/2005 de 14 de febrero, FJ3) por tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En efecto, no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales en el presente procedimiento ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas (entre otras muchas SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ3; 342/2006 de 11 de diciembre, FJ3; y 171/2007, de 12 de febrero, FJ3). Nos encontramos, por tanto, ante resoluciones judiciales especialmente cualificadas por razón del derecho fundamental a cuya efectividad sirve el precepto legal cuya interpretación se cuestiona, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles»(SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ3; 112/2004, de 12 de julio, FJ4; 28/2005, de 14 de febrero FJ3; 196/2005, de 18 de julio FJ3)...

Pues bien, resulta evidente que ninguna de dichas resoluciones judiciales satisface las existencias del canon de motivación reforzado al que hemos hecho referencia. Limitándonos a la Sentencia de Suplicación, única que argumenta sobre la interpretación del art. 55.5 b) LET, baste para dicha conclusión por el momento, con tener en cuenta que la Directiva comunitaria reseñada tiene por objeto el establecimiento de «disposiciones mínimas» para proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, como corresponde al fundamento jurídico que la sustenta (art. 118 A del Tratado de la Comunidad Europea); que las Directivas de la Unión Europea obligan a los Estados miembros destinatarios «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios» (art. 249 del Tratado de la Unión Europea); y que, en fin, la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que

modificó la regulación del precepto legal, afirma expresamente que con ella se procede a la transposición de la Directiva «superando los niveles mínimos de protección previstos» en la misma. En consecuencia, que la Directiva comunitaria contemple la exigencia de comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la exigencia de idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET...

La garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con la tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas y de efectividad del derecho fundamental que impone la afectación --particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados.»

**TERCERO.-** De acuerdo con los anteriores razonamientos, y acomodando nuestra doctrina a los parámetros constitucionales señalados, procede desestimar el recurso e imponer las costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Luis Carreras García en nombre y representación de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 17 de enero de 2008. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANTONIO MARTÍN VALVERDE A LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE ENERO DE 2009 (REC. 1758/2008).**

PRIMERO.- La sentencia aprobada por la mayoría a la que se adjunta este voto discrepante sigue el criterio ya establecido en sentencia anterior de esta misma Sala del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 2008 Rec. 1957/2007 (aprobada en sala de cinco magistrados, de la que no formé parte), sobre interpretación del art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Según estas sentencias de unificación de doctrina el mencionado artículo, al ordenar la calificación de nulidad para el despido no justificado de las trabajadoras embarazadas, contiene una garantía objetiva y automática, que no exige la presencia de móvil discriminatorio en el acto de despido, y que despliega su eficacia, por tanto, al margen de que el empleador conozca o no el estado de gestación de la trabajadora despedida.

Esta tesis de la nulidad objetiva automática del despido injustificado de la trabajadora embarazada supone, como se cuidan de señalar expresamente las citadas resoluciones, una rectificación de la jurisprudencia establecida en sentencias anteriores de la propia Sala del Tribunal Supremo (STS 19-7-2006, Rec. 1452/2005, de pleno o sala general; seguida por otras varias; entre ellas STS 29-2-2008, Rec. 657/2007, y STS 12-3-2008, Rec. 1695/2007, que amplían la argumentación de las precedentes).

Como se recordará. la doctrina rectificadora establecía que la calificación de nulidad del despido de las mujeres embarazadas correspondía al acto unilateral del empresario de extinción del contrato de trabajo motivado por el embarazo de la trabajadora, motivación discriminatoria por razón de sexo que había de comportar como exigencia lógica el conocimiento del hecho del embarazo por parte del empresario que despide. A esta conclusión se llegaba atendiendo al propósito y a la finalidad de la ley (expresados en la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que introdujo el precepto en nuestro ordenamiento) y con apoyo en el canon de la interpretación sistemática (ex art. 108.2.b. de la Ley de Procedimiento Laboral -LPL--). La importante ventaja que, según la interpretación jurisprudencial rectificadora, proporcionaba el art. 55.5. b) ET en los despidos de trabajadoras embarazadas era de carácter procesal: si el empresario conocía el hecho del embarazo de la trabajadora que ha decidido despedir, y si el acto extintivo no se consideraba

procedente por el órgano jurisdiccional, la calificación obligada es la de nulidad del despido, sin necesidad de prueba alguna de existencia de un «panorama discriminatorio».

Quede claro, por si hiciera falta, que acato sin reserva, como no podía ser de otra manera en el funcionamiento de un órgano jurisdiccional colegiado, la decisión de la mayoría; acatamiento que el art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) resalta al ordenar que «todo el que forme parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiese disentido de la mayoría». Quede claro también que, a mi juicio, la posición actual de la Sala, al ser reiterada, atribuye a la nueva doctrina unificada la cualidad de jurisprudencia, con las consecuencias jurídicas establecidas, explícita o implícitamente, en el Código Civil (art. 1.6), y en diversos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y de la supletoria en este orden jurisdiccional Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Y quede claro, en fin, que formulo este voto particular, que fue anunciado oportunamente en el momento de la votación, con el debido respeto y consideración a los colegas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y, en la parte que les pueda afectar, teniendo en cuenta que mi discrepancia se extiende como se verá a STC 92/2008, a los Magistrados del Tribunal Constitucional que la han dictado. Pero, por razones de coherencia doctrinal, quiero ejercer el derecho que me reconoce el citado art. 260 LOPJ, de hacer constar públicamente mi disenso.

SEGUNDO.- La única justificación que se aporta en la sentencia de la que se discrepa (y en la precedente STS 17-10-2007) para rectificar la jurisprudencia anterior es, como resulta fácil comprobar, la aprobación y publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio de 2008. La fundamentación de la nueva doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo es, por tanto, la fundamentación de dicha sentencia del Tribunal Constitucional, que las citadas sentencias de unificación de doctrina recogen con las «propias palabras» de STC 92/2008, en una versión resumida.

Comprendo las razones psicológicas que explican la posición adoptada por la mayoría de la Sala, en la que subyace una actitud de deferencia a las decisiones del Tribunal Constitucional que siempre he compartido. Pero entiendo que la deferencia no ha debido llegar al punto de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo abdique de la propia competencia de enjuiciamiento, como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE). Y a una abdicación de la propia competencia equivale, a mi juicio, el cambio de jurisprudencia motivado exclusivamente en una sentencia de amparo dictada en un asunto en el que: a) la concreta cuestión debatida es de legalidad ordinaria y no se refiere a las garantías constitucionales concernidas en la regulación legal de los derechos fundamentales, y

b) los hechos del caso son claramente distintos a los que determinaron nuestra anterior doctrina jurisprudencial.

Me referiré sucesivamente a estos dos puntos.

TERCERO.- La concreta cuestión debatida en la sentencia a la que se acompaña este voto particular es, según se ha dicho, la de si corresponde o no la calificación de nulidad al despido de la mujer embarazada acordado por el empleador sin conocer el hecho del embarazo. Tal conocimiento, como es lógico, podría ser obtenido por parte de la dirección de la empresa por diversas vías, bien porque se lo hubiera comunicado la trabajadora, bien porque el hecho hubiera sido difundido en el centro de trabajo, bien porque el embarazo fuera perceptible.

Utilizando los términos de la propia jurisprudencia constitucional (STC 95/1988), tal cuestión afecta sin duda al «régimen jurídico» de un derecho fundamental (el de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo), pero no afecta en cambio al «desarrollo» de este derecho fundamental. Que el punto descrito de la regulación de la nulidad del despido de la mujer embarazada corresponde al régimen jurídico y no al desarrollo del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo se demuestra, me parece de manera indudable, por el rango de ley ordinaria y no de ley orgánica que tiene el precepto del art. 55.5.b) ET, objeto directo de la interpretación en las sentencias de casación y de amparo a las que se refiere este voto.

En efecto, de haber sido este precepto «desarrollo» de un derecho fundamental el art. 55.5.b) ET hubiera debido ser aprobado por ley orgánica, siguiendo el mandato del art. 81.1 de la Constitución («Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales»). Pero no ha sido así, como es sabido; el Estatuto de los Trabajadores es una ley ordinaria, y la Ley 39/1999, que introdujo la redacción actual del art. 55.5.b) ET, tiene la misma condición de ley ordinaria, y como tal fue aprobada en el procedimiento legislativo a través de cual se llevó a cabo su elaboración. Se trata, además, de una ley «de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», grupo o conjunto normativo que tiene que ver desde luego con la facilitación del trabajo de la mujer, pero que se aplica también en muchos de sus preceptos a los trabajadores varones (por ejemplo, artículos 37.3, 37.4 bis y 37.5 ET), y cuya conexión constitucional no es la norma general de no discriminación del art. 14 CE sino el principio de protección jurídica de la familia del art. 39.1 CE.

Pues bien, en mi opinión, la diferencia entre régimen jurídico y desarrollo de un derecho fundamental, es, en materias como la ahora enjuiciada, la clave para establecer con la certeza y la seguridad exigibles en cuestiones de competencia legislativa y jurisdiccional, la necesaria delimitación de los campos respectivos de la legalidad y la constitucionalidad. De ahí que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, haya de ser el

encargado de fijar la interpretación jurisprudencial del punto controvertido del art. 55.5.b) ET, el cual se refiere, insistimos, por razón de la materia y por razón de la forma legal adoptada, al régimen jurídico y no al desarrollo del derecho fundamental a la no discriminación de la mujer. Este criterio de la regulación por ley orgánica ha sido también el acogido por nuestra jurisprudencia para precisar el ámbito de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y de los derechos fundamentales regulada en los artículos 175-182 LPL (STS, pleno o sala general, 14-7-2006, Rec. 5111/2004; y 18-7-2006, Rec. 1005/2005).

CUARTO.- La propia dicción de STC 92/2008 trasluce el problema competencial señalado en varios pasajes de su fundamentación jurídica. En primer lugar en el fundamento 4, cuando, recordando su propia jurisprudencia, afirma, en consonancia con la jurisprudencia ordinaria que ahora abandonamos, que «nuestra doctrina (la del Tribunal Constitucional) ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión».

En otro orden de ideas, pero dejando entrever el mismo problema de competencia, el fundamento jurídico 9 de STC 92/2008, dice que «la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999» (en la interpretación dada por STC 92/2008 y acogida ahora por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo). «Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE».

Coincido con estas afirmaciones de STC 92/2008. Pero no acabo de entender cómo las mismas pueden compaginarse con la aplicación al caso enjuiciado del «canon reforzado» de control de constitucionalidad que se intenta explicar en el fundamento 6. Si, en palabras de STC 92/2008 (fundamento 4, in fine), la «decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido «motivado» por el embarazo es conforme con nuestra doctrina» (la del Tribunal Constitucional); y si el régimen legal del despido de la trabajadora embarazada no exige necesariamente adoptar la tesis de la «nulidad objetiva»; si todo ello es así, y así lo es efectivamente, de acuerdo con la posición que sostengo, no veo por qué la jurisprudencia anterior de esta Sala ha de ser reformada por el Tribunal Constitucional en uso de su competencia de intérprete supremo de la Constitución. y de guardián asimismo supremo de las «garantías constitucionales».

QUINTO.- A la argumentación de competencia jurisdiccional que se acaba de exponer podemos añadir otra, complementaria, relativa a la fijación del alcance vinculante de las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional.

Vale la pena mencionar de entrada el dato de que STC 92/2008 omite deliberadamente enfrentarse de manera directa a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en STS 19-7-2006 y sucesivas, jurisprudencia que sin duda conocía, puesto que la cita en el Antecedente 8, aunque no haya considerado necesario referirse a ella en sus fundamentos de derecho. Esta omisión, que ciertamente cabe interpretar de varias maneras, tal vez podría ser entendida en el sentido de limitar el alcance de la doctrina de STC 92/2008 a casos como el enjuiciado en ella de embarazo perceptible. Pero esta conclusión debe ser descartada, a la vista de las claras afirmaciones en sentido contrario que contiene el fundamento jurídico 8 de dicha sentencia constitucional. En honor a la verdad, no puede acogerse tal fórmula conciliadora, que en el caso resultaría engañosa por forzada.

De acuerdo con el art. 5.1 LOPJ, la interpretación de los «preceptos y principios constitucionales» efectuada «por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» vincula «a todos los jueces y tribunales». Esta vinculación es absoluta en lo que se refiere a la «cosa juzgada», pero, en lo que concierne a la interpretación o «cosa interpretada», tal carácter de vinculatoriedad absoluta no es predicable en las sentencias de amparo respecto de todas y cada una de sus declaraciones o consideraciones. De acuerdo con una doctrina general bien establecida, dentro de las resoluciones jurisdiccionales, incluidas las del Tribunal Constitucional, puede y debe distinguirse entre ratio (o rationes) decidendi y afirmaciones efectuadas obiter dicta. La separación entre una y otra parte de su contenido presenta a veces notables dificultades. Ahora bien, existe una fórmula sencilla para llevar a cabo tal desglose, que no siempre es suficiente pero que sí lo es en el análisis de STC 92/2008. Me refiero a la vinculación de la ratio decidendi a los hechos concretos del caso enjuiciado, de acuerdo con el criterio de «integridad» que ha de presidir la comprensión o entendimiento de las sentencias o decisiones de los tribunales.

En los antecedentes 3 y 4 de STC 92/2008 consta que el despido de la trabajadora embarazada en el litigio principal tuvo lugar el 12 de enero de 2004, y consta además que «su embarazo ... era perceptible con ocasión de la comida de empresa celebrada en diciembre de 2003 (siendo así que el hijo nació a los nueve meses de gestación el 9 de mayo de 2004)». Por su parte, el fundamento jurídico 7 de la propia sentencia constitucional reproduce la afirmación de la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social relativa a «que es lógico suponer» que el empresario conociera el hecho del embarazo de la trabajadora despedida. En cambio, los hechos probados de las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que contienen la doctrina jurisprudencial ahora rectificadas ponen

de relieve de manera inequívoca que las empresas que acordaron el despido injustificado de las trabajadoras embarazadas demandantes ignoraban tal circunstancia. Lo mismo sucede en la sentencia de la que se discrepa, donde se dice que el embarazo de la trabajadora no era perceptible en el momento del despido, no constando tampoco que lo hubiera comunicado o difundido en el centro de trabajo.

En buena práctica de análisis de sentencias, las circunstancias fácticas reseñadas del litigio enjuiciado en STC 92/2008 limitarían la fuerza vinculante de la posición sentada en ella a los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas con embarazo perceptible, impidiendo generalizar su doctrina a supuestos distintos del enjuiciado. Ello no quiere decir que los dicta de las sentencias constitucionales, cuya riqueza doctrinal no necesito ponderar aquí, sean irrelevantes. Pero sí supone que la fuerza de los mismos es la que se desprende de su capacidad de convicción, y no la que se desprende de su posición institucional de máximo intérprete de las garantías constitucionales.

SEXTO.- En suma, no estoy de acuerdo con que nuestra jurisprudencia se haya rectificado para cohonestarla con una sentencia constitucional de amparo que se refiere a un supuesto distinto, y que, dicho sin ánimo polémico, invade nuestra competencia de formación de doctrina unificada en el ámbito de la legislación social. Y creo, además, que hemos debido mantener la doctrina jurisprudencial anterior, ahora abandonada.

Las razones de fondo a favor de la doctrina jurisprudencial anterior, que darían lugar a un fallo de signo distinto en el presente caso, ya fueron expuestas en nuestras sentencias citadas STS 19-7-2006 y sucesivas. No me parece que sea necesario aclararlas y ampliarlas más allá de lo que lo hicieron STS 29-2-2008 y 12-3-2008. Remito a la lectura de estas resoluciones, fácilmente accesibles en el estado actual de la información jurídica, a quienes no las conozcan y estén verdaderamente interesados en conocerlas.

Madrid, 16 de enero de 2009

### **PUBLICACIÓN.-**

En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Souto Prieto y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.