

DESPIDO SIN CAUSA TRAS LA REINCORPORACIÓN DE UNA BAJA POR ABORTO*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 5 de Diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:4752)

M^a TERESA VELASCO PORTERO**

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora prestaba servicios en una clínica dental como técnico superior, con un contrato indefinido y a jornada completa. En el año 2021 queda embarazada y por complicaciones que terminan en aborto estuvo de baja temporal. Tras el alta comenzó a disfrutar las vacaciones pendientes. La empresa conocía que el motivo de la baja era el embarazo.

Cuatro días después de reincorporarse a su puesto de trabajo recibió carta de despido, en la que se le comunica lo siguiente: “Disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado. Tal hecho reseñado está siendo notablemente perjudicial para la correcta marcha de la actividad normal de la empresa y es tipificado como falta muy grave según el artículo 30, punto 8 del Convenio Colectivo del sector de clínicas dentales de la provincia de León (Cod. Conv. NUM001) y por lo tanto sancionable con despido. Sirva la presente como reconocimiento de improcedencia del despido, calculando una indemnización por este hecho de 6.468,39 EUROS brutos, y la correspondiente liquidación que asciende a la cantidad de 1.092,48 Euros brutos”. La fecha de efectos del despido es de 15 días más tarde. Se le pagó la indemnización señalada en dicha carta.

La trabajadora demanda a la empresa por considerar el despido discriminatorio por razón de sexo, entendiéndose que la causa del despido fue el embarazo. En el acto del juicio la empleadora aporta unos Whatsapp en los que se refleja la existencia de discrepancias en cuanto a los salarios, y el Juzgado de lo Social considera que fueron estos los motivos del despido y que por tanto, al no tratarse de un motivo discriminatorio, procede declarar la improcedencia y no la nulidad.

* El presente comentario forma parte de los resultados del proyecto “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales” PID 2021-122254OB-100, investigadores principales Gárate Castro y Maneiro Vázquez.

** Profesora Titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

DOCTRINA: La sentencia comentada resuelve la nulidad de un despido sin causa que se produce inmediatamente después de la reincorporación al trabajo de una trabajadora que acaba de sufrir un aborto. A pesar de que no se trata de uno de los supuestos expresamente previstos en la legislación, el Tribunal considera que hay indicios racionales suficientes para considerarlo discriminatorio por razón de sexo, invertida la carga de la prueba, y dado que la empresa no justifica suficientemente los motivos de la extinción, el despido es declarado nulo.

INDICE:

1. NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO *VERSUS* INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA
2. CONTENIDO Y CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA
3. BIBLIOGRAFÍA

1. NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO *VERSUS* INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Para una correcta valoración de la sentencia hay que recordar las bases del régimen jurídico de la nulidad del despido en relación con la discriminación por razón de sexo. En primer lugar, hemos de tener en cuenta la consolidada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que, dada la dificultad de conocer las verdaderas intenciones de un empresario que usa sus poderes empresariales, para determinar si una determinada actuación (en este caso el despido) responde a un motivo que vulnera un derecho constitucional (en este caso el derecho a la igualdad y no discriminación), se debe aplicar la prueba indiciaria (STC 38/1981 de 23 de noviembre). La finalidad de esta prueba es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos de un acto empresarial impida reconocer que éste resulta lesivo del Derecho Fundamental.

Para que se produzca el desplazamiento al empresario de la carga de la prueba no es suficiente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que “debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido”, es decir, que el trabajador aporte un indicio que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de la afirmación de discriminación. Para ello tendrá que aportar un principio de prueba que revele de la existencia de un panorama discriminatorio general, o bien que pruebe unos hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (en este sentido y a modo simplemente de ejemplo, podemos citar SSTC 92/2008, de 21 de Julio, FJ 3; 125/2008, de 20 de Octubre; y 2/2009, de 12 de Enero, FJ 3, y SSTS 14/04/11 –rco 164/2010–; 25/06/12 –rcud 2370/2011–; y 13/11/12 –rcud 3781/2011–). Una vez que el trabajador ha realizado dicha prueba indiciaria, es el empresario el que “asume la carga de probar que los hechos motivadores de la

decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales” (entre otras, podemos citar como más recientes en este sentido las SSTC 183/2007, de 10 de Septiembre, FJ 4; 257/2007, de 17 de Diciembre, FJ 4 ; y 74/2008, de 23 de Junio, FJ 2).

Es decir, el trabajador tiene que llevar al juzgador a que crea posible la vulneración del derecho fundamental, en cuyo caso será el empresario el que deberá probar que su actuación obedecía a motivos razonables, suficientes y completamente ajenos a la discriminación. En este sentido, el artículo 96.1 de la LRJS dispone que: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Siendo esto así con carácter general con respecto a la alegación de vulneración de derechos fundamentales y en concreto con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, el Estatuto de los Trabajadores va más allá en relación con la protección de la mujer contra las discriminaciones por razón de sexo, en aquellos casos en que su situación es especialmente sensible, como es en la situación de embarazo o en el ejercicio de derechos de conciliación. De esta manera, y en particular con respecto al despido disciplinario, el art. 55 ET establece lo siguiente: “5. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda

con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento”. En estos casos, el despido solo puede ser declarado procedente o nulo”.

Como puede observarse, se trata de situaciones en las que la mujer está en una situación en la que es muy probable que su despido esté motivado por su estado de embarazo o por el ejercicio de sus derechos de conciliación. Aunque es verdad que en muchos de estos supuestos el derecho también puede estar siendo ejercido por el hombre, la realidad social nos demuestra que en la mayoría de los casos son las mujeres las que los ejercen y por lo tanto las que están en riesgo de sufrir una discriminación. El artículo no distingue entre el ejercicio de los derechos por parte de hombres o de mujeres, por lo que la protección se extiende a ambos.

Evidentemente el espíritu de la ley es proteger a la mujer en estos casos, librándola de tener que aportar indicios de discriminación para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Aunque la lista de situaciones es amplia, es evidente que la realidad siempre puede escapar de los límites de una lista cerrada como esta, y es lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa.

En este caso el despido no se ha producido ni durante el embarazo ni durante el ejercicio de ninguno de los derechos previstos en el art. 55.5 ET, por lo que no es de aplicación lo en él previsto. La trabajadora, a pesar de que la baja de la que acababa de reincorporarse tenía su origen en un embarazo conocido por la empresa, en el momento del despido ya no estaba en ese estado ni ejercía ningún derecho de conciliación, ya que su embarazo había tenido un desenlace de aborto.

2. CONTENIDO Y CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA

La sentencia del TSJ cuestiona que en la sentencia del Juzgado de lo Social se dé por válida la afirmación del empresario de que el motivo del despido fueron discrepancias relativas al salario, habiendo aportado como única prueba de ello unos Whatsapp en los que constan dichas discrepancias.

Y ello por varias razones. Fundamentalmente, porque el Tribunal considera que la trabajadora ha aportado indicios suficientes de la discriminación, en el sentido de que “el hecho de que se haya producido una situación de baja por embarazo y posterior aborto (del 27/7/2021 al 10/9/2021) produce un panorama indiciario de que un despido producido el 1 de octubre de 2021 a los cuatro días de su reincorporación, después de haber disfrutado vacaciones del 13 al 26 de septiembre de 2021, puede tener relación con tal circunstancia y ello obliga al empresario a acreditar que su motivación ha sido ajena a tal finalidad” (FJ 3^o). Siendo esto así, correspondería al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable,

suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, como señala el mencionado art. 96 LRJS. Sin embargo, las pruebas aportadas por el empresario considera el Tribunal que no han sido suficientes en este sentido, al haber consistido simplemente en acreditar la existencia de discrepancias salariales, y no en que éste sea el motivo del despido. Lo cual lleva a la segunda razón que lleva al Tribunal a estimar el recurso de la trabajadora: que la causa alegada por el empresario en la carta de despido no fueron las discrepancias salariales, sino “la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo”: “El juzgador en su fundamento de derecho sexto manifiesta que la prueba aportada (WhatsApp) y las testificales, demuestran que la razón del despido no fue el embarazo sino por discrepancias en los salarios. Sin embargo, nada de ello se invoca por la empresa en la carta de despido, constando que la causa era la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado, reconociendo en la comunicación la improcedencia. Por tanto, no pueden admitirse a la empresa otros motivos de oposición al despido que los contenidos en la comunicación escrita, tal y como dispone el artículo 105.2 de la LRJS”.

Considera por todo ello el TSJ que el despido debe ser calificado como nulo y no como improcedente, entrando a continuación a dictaminar sobre la indemnización correspondiente por la vulneración de derechos fundamentales en cuyo caso, y al tratarse de daños morales, se apoya en la jurisprudencia del TC que admite la utilización para ello del criterio orientador de las sanciones pecuniarias establecido por la LISOS. En este sentido, y dado que la actuación del empresario se podría calificar como infracción muy grave, el Tribunal cuantifica el valor patrimonial de los daños morales causados en la misma cantidad que corresponde a la sanción mínima por infracciones muy graves.

Después del análisis de la sentencia, consideramos que su trascendencia es menor de la que podría deducirse de los titulares que ha generado en los medios de comunicación, que en algún caso señalaban que de ella podía deducirse que el despido de una trabajadora después de un aborto es nulo. Como hemos podido comprobar, no es exactamente esa la doctrina que sienta en esta sentencia, que es mucho más interesante por el hecho de que considera que el hecho de que el despido se produzca inmediatamente después de la situación de embarazo y aborto es indicio suficiente de la existencia de discriminación, y justifica la inversión de la carga de la prueba.

Por otra parte, también es muy interesante el hecho, que el tribunal de instancia no había tenido en cuenta, de que los motivos alegados en el juicio no coincidían con los alegados en la carta, cuestión que ya de entrada debería haber sido razón para no ser admitidos por el juzgador.

3. BIBLIOGRAFÍA

MERCADER UGUINA, J., "¿La nulidad objetiva por causa de maternidad del art. 55.5 b) ET conlleva la automática indemnización por daños morales?: Luz, más luz..." Blog Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/2021/11/la-nulidad-objetiva-por-causa-de-maternidad-del-art-55-5-b-et-conlleva-la-automatica-indemnizacion-por-danos-morales-luz-mas-luz/>

ROJO TORRECILLA, E. "Despido disciplinario cuatro días después de reincorporarse una trabajadora al trabajo tras estar de baja, sufrir un aborto, y disfrutar posteriormente de vacaciones. Nulidad por discriminación por razón de sexo. Notas a la sentencia del TSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2022". Blog personal de autor. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/02/despido-disciplinario-cuatro-dias.html>