

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 2012/2018 de 21 Jun. 2018, Rec. 1470/2017

Ponente: Pérez Sibón, María del Carmen.

Nº de Sentencia: 2012/2018

Nº de Recurso: 1470/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Cuando el despido de una empleada de hogar es nulo, la indemnización es de 33 días por año

DESPIDO DE EMPLEADA DE HOGAR. Inicial papeleta de conciliación por despido improcedente y posterior papeleta por despido nulo fuera del plazo. Inexistencia de caducidad de esta segunda acción. No provoca indefensión alguna a la otra parte puesto que tuvo tiempo para articular su defensa y estaba basada en los mismos hechos. El despido es nulo porque acaece cuando la empleada se reincorpora tras un período de baja por su embarazo. El contrato temporal era fraudulento ya que no había causa de temporalidad alguna. En tanto la readmisión en este tipo de contratos no es viable, se admite que la indemnización sea de 33 días por año y no de 20 días por año. La normativa reguladora tiene un vacío legal y se acude así al ET. No se admite la antigüedad solicitada por falta de prueba.

El TSJ Andalucía estima el recurso de suplicación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla y declara nulo el despido de una empleada de hogar.

ROLLO Nº 1470/17 - L SENTENCIA Nº 2012/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº 1470/2017 - L

Iltmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D. Francisco Manuel Álvarez Domínguez

Dª María del Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a veintiuno de junio de dos mil dieciocho.

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

SENTENCIA Nº 2012/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Dª Eloisa , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Sevilla, Autos nº 165/16; ha sido Ponente la Iltma. Sra. Dª. María del Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Eloisa contra D. Abelardo , con intervención del Ministerio Fiscal, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 24/11/16, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

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

" **PRIMERO.-** La actora, Dña. Eloisa comenzó a prestar sus servicios para D. Abelardo , como Empleada de Hogar, el día 14/04/15 mediante un contrato de trabajo de duración determinada del servicio del hogar familiar (folio 73), en el domicilio del demandado, a tiempo parcial de 10 horas a la semana de martes a viernes, con una duración pactada hasta el 31/12/15, percibiendo un salario mensual de 260 € (incluido PPP Extras).

SEGUNDO.- La actora estuvo de baja por maternidad desde el 01/07/15 hasta el 20/10/15, percibiendo prestación por maternidad, realizando el demandado las gestiones oportunas como empleador (folios 87).

TERCERO.- El día 21/10/15 la actora no se reincorporó a su puesto de trabajo, permaneciendo de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes con diagnóstico de ciática hasta el 05/1/16, fecha en la que le dieron el alta (folios 89-102).

El demandado presentó los certificados oportunos para la prestación de la actora (folios 102-103), abonado las cuotas de Seguridad Social (folios 105 y ss).

CUARTO.- El 08/01/16 el Letrado del demandado le comunicó a la actora que no debía llevar más partes médicos, al haber finalizado su relación laboral el 31/12/15, pudiendo pasar a recoger el finiquito.

QUINTO.- Con fecha 29/01/16 la actora presentó papeleta de conciliación ante el CMAC en reclamación de despido como improcedente y reclamación de cantidad, celebrándose el acto el 23/02/16 con resultado de SIN AVENENCIA (folios 148-152).

Y con fecha 18/02/16 la actora presentó papeleta de conciliación ante el CMAC en reclamación de despido como nulo, subsidiariamente improcedente y reclamación de cantidad, celebrándose el acto el 10/03/16 con resultado de SIN AVENENCIA (folios 143-147).

SEXTO.- La demanda por despido nulo y subsidiariamente improcedente y reclamación de cantidad tuvo entrada en este Juzgado el día 16/02/16. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia desestimatoria de la acción por despido instada por D^a Eloisa , interpone la actora recurso de Suplicación que articula en diversos motivos en los que se mezclan infracciones normativas y revisiones fácticas.

Sistematizando las alegaciones en ellos contenidas, diremos que en el recurso se solicita una revisión fáctica relativa a la antigüedad de la demandante y respecto de la censura del derecho, se opone a la declaración de caducidad de la acción estimada por la sentencia impugnada, y derivado de los años trabajados sin alta, se invoca el carácter fraudulento del despido, concluyendo que ha de ser declarado nulo por haber sido madre la trabajadora con anterioridad a la extinción de la relación laboral.

SEGUNDO: Razones de índole procesal imponen en primer lugar acometer el examen de la caducidad.

El Art. 103.1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone: " 1. *El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.*

2. *Si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acredite con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el*

cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario ".

Para un adecuado análisis de la excepción invocada y apreciada en la instancia, hemos de partir de las siguientes fechas:

- El 31-12-2015 se extingue el contrato de la actora para prestar servicios en una casa de familia como empleada de hogar (suscrito como contrato temporal), mientras se encontraba aun de baja médica por incapacidad temporal.
- El 29-1-2016 la trabajadora presenta papeleta de conciliación, en solicitud del reconocimiento de la improcedencia del despido, siendo celebrado el acto ante el CEMAC el 23-2-2016 sin avenencia.
- El 18-2-2016 la actora presentó nueva papeleta ante el CEMAC, en solicitud del reconocimiento de la nulidad del despido, celebrándose el acto de conciliación el 10-3-2016 también sin avenencia.
- Con fecha 16-2-2016 la demanda tuvo entrada en el juzgado.

De las fechas anteriormente expresadas puede constatarse que en relación con la petición de la primera papeleta de conciliación presentada, los plazos se encuadran en los 20 días hábiles exigidos por la norma, contados hasta el momento de registro de la demanda, con las correspondientes interrupciones legales. *Está fuera de tal plazo sin embargo la petición de despido nulo, para la que se arbitró una segunda papeleta de conciliación que fue presentada pasados con creces los días legalmente fijados al efecto.*

La petición referida a la nulidad del despido se hace valer por la recurrente como una correcta y admisible ampliación de la demanda.

Si bien la jurisprudencia ha venido reiteradamente aceptando que la petición de nulidad permite la declaración posterior de improcedencia por el juzgado cuando se den los presupuestos para ello (STS 23-3-2005 (recurso 25/2004) y 19-6-1990 (Rec. 11/1990)) considerando que no es incongruente una sentencia que califica el despido conforme a las reglas del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores .

En el presente caso se da el supuesto contrario de que la petición inicial fue de improcedencia y la posterior de nulidad. Es cierto que algunas sentencias del Tribunal Supremo vienen a excluir el conocimiento de la petición de nulidad cuando se produce en el acto del juicio (STS 23 de junio de 2014, Recurso 1766/2013) una lectura de la sentencia permite interpretar que ello resulta así cuando se ha producido indefensión real a la parte.

Así, debe recordarse lo que al respecto de los hechos nuevos y las modificaciones de la demanda declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 27-2-2018 : " *Todas las manifestaciones novedosas hechas en el proceso después de la demanda y la contestación deben tenerse por no formuladas y tienen que quedar fuera del proceso, por cuanto lo contrario supondría dejar en indefensión a la otra parte, a la que se habría privado de la oportunidad de debatir y de defenderse sobre el elemento o variación introducida en el "thema decidendi", vulnerando con ello el principio de contradicción. Así lo ha entendido la propia Sala que ha sostenido que para que pueda apreciarse una variación sustancial de la demanda es preciso que la modificación que se propone, por afectar de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda, introduzca un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible, a su vez, de generar para la parte demandada una situación de indefensión (SSTS de 17 de marzo de 1988 y de 9 de noviembre de 1989). Igualmente, hemos afirmado que la alteración del objeto contenido en la demanda debe abordarse con cautela para evitar situaciones de indefensión; si se realiza en el acto del juicio y la parte afectada lo interesa habrá que acordar su posposición; pero si se lleva a cabo en la fase de conclusiones es evidente que ya no cabe posibilidad alguna de reconducir el proceso. (STS de 1 de diciembre de 2015, Rec. 60/2015 ".*

Partiendo de los presupuestos jurisprudenciales indicados, hemos de concluir que en el presente caso no se ha producido una modificación de los términos de la demanda que pueda resultar prohibida, y ello por cuanto que, en primer lugar, la petición de nulidad se llevó a cabo antes del juicio, con tiempo suficiente para que el demandado pudiera articular una adecuada defensa frente a la misma; y, en segundo lugar, y lo que es más importante, todos los hechos en los que se funda la nueva calificación del despido están ya debidamente expuestos en la demanda, razón por la que no se ha ocasionado al demandado indefensión alguna.

Se estima por tanto la alegada inexistencia de caducidad respecto de la petición de calificación de nulidad del despido.

TERCERO: La modificación fáctica interesada por la recurrente se refiere a la antigüedad, alegando aquélla que comenzó a prestar servicios para el demandado en octubre de 2011.

Invoca en respaldo de su petición la documentación aportada por Cáritas (a través de cuyo servicio de orientación laboral fue puesta en contacto con el empleador), en la que literalmente se indica: " 3-10-11, *SEGUIMIENTO, ha empezado hoy. Bien. Tareas EH en casa de un señor con ictus* ".

La magistrada de instancia ha considerado que no queda acreditado que la referencia indicada conduzca necesariamente a la identificación del demandado, no pudiendo acreditarse de tal simple anotación sin mayores datos, que aquél sea el empleador de la actora, y menos aun de forma continuada desde ese tiempo, alegación de la demandante que no se acompaña de ninguna otra prueba (como la testifical) lo que extraña si como ésta dicen, estuvo tantos años trabajando en el mismo domicilio.

La falta de prueba no permite por tanto reconocer la antigüedad solicitada.

CUARTO: En último lugar denuncia la recurrente la infracción del Art. 5 del Real Decreto 1620/2011 de 14 de noviembre, por exceder el contrato temporal del tiempo de tres años previsto como límite de la temporalidad, debiendo así mismo reputarse como nulo el despido por haber estado la trabajadora embarazada tiempo antes de haber sido extinguido su contrato.

En relación con la nulidad, conviene recordar con carácter previo la doctrina constitucional dictada en la materia relativa a la prueba de la existencia de violación de derechos fundamentales. Por todas cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 13-2-2006 (recurso de amparo 5038/03), en la declaró: "... *en cuanto al canon de control constitucional, es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (entre tantas otras, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, ; 66/2002, de 21 de marzo, , y 151/2004, de 20 de septiembre)*. El primero consiste en la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 87/1998, de 21 de abril, ; 293/1993, de 18 de octubre ; 29/2000, de 31 de enero ; 207/2001, de 22 de octubre ; 214/2001, de 29 de octubre ; 14/2002, de 28 de enero ; 29/2002, de 11 de febrero ; 30/2002, de 11 de febrero ; o 17/2003, de 30 de enero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

En atención a los matices que han ido presentando los diferentes casos enjuiciados por este Tribunal, hemos ido realizando precisiones y concreciones adicionales de esa doctrina. Sin ningún propósito de exhaustividad, pueden citarse algunas de las más relevantes a la vista de los perfiles del caso actual. En primer lugar, en relación con la carga probatoria del trabajador, pueden subrayarse nuestras indicaciones sobre el tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, apuntadas en nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo, , y después recogidas expresamente por la STC 17/2003, de 30 de enero. Decimos, en ese sentido, que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Debe señalarse en relación con ello, con cita por ejemplo de la STC 30/2002, de 11 de febrero, , que en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos. Al contrario, en casos en los que la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal (o en otros términos, un relación directa entre las decisiones empresariales y el derecho fundamental, como ya dijimos en la STC 87/1998, de 21 de abril, , F. 4).

De igual modo, ahora en lo que atañe a la carga probatoria del empresario una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado también una serie de criterios. Enunciando sólo

algunos de los más sobresalientes, recordaremos que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (por todas, STC 90/1997, de 6 de mayo), de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; que la obligación empresarial de neutralización de los indicios constituye una auténtica carga probatoria, que no puede entenderse cumplida por el mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 29/2002, de 11 de febrero , F. 3, entre tantas otras)-, que debe llevar a la convicción del juzgador de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales; que la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (así lo hemos establecido con reiteración desde la STC 90/1997, de 6 de mayo , F. 5); que esa carga probatoria incumbe al empresario incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, ya que esto no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del trabajador (por ejemplo, STC 171/2003, de 29 de septiembre , F. 6); o, para concluir, que no basta una genérica explicación de la empresa, pues debe acreditar ad casum que existe alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión, es decir, desde la específica y singular proyección sobre el caso concreto (recientemente, STC 79/2004, de 5 de mayo , F. 3, y las allí citadas) "

Aplicando la indicada doctrina al caso de autos, ha resultado acreditado que la demandante estuvo de baja por maternidad desde el 1 de julio de 2015 hasta el 20 de octubre de 2015, no reincorporándose en día 21 siguiente a su puesto de trabajo, al permanecer de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes con diagnóstico de ciática hasta el 5 de enero de 2016, fecha en la que obtuvo el alta (hechos probados segundo y tercero).

A los tres días de dicho alta el letrado del demandado comunicó a la actora que no llevara más partes médicas al haber finalizado su relación laboral el 31 de diciembre de 2015.

El despido de la actora tras la baja por el proceso de maternidad, muestra la existencia de claros indicios de violación de un derecho fundamental que llevan a alterar la carga probatoria, de forma que ahora se encuentra en manos del empresario, siendo así que como justificación del cese de la actora el demandado ha invocado la existencia de un contrato de trabajo de duración determinada del servicio del hogar familiar (folio 73) en el domicilio del empleador, a tiempo parcial de 10 horas semanales de martes a viernes y con una duración pactada hasta el 31 de diciembre de 2015.

Resulta claro que los términos en los que se suscribe el contrato no tienen amparo en ninguna figura de contratación temporal (Art. 15 ET) puesto que no se indica causa alguna a la que pueda responder esta duración determinada , no siendo la simple referencia al servicio del hogar familiar un término que conduzca a la posibilidad de realizar un contrato de esta naturaleza; todo lo contrario, lo que se evidencia es que la actora ha sido contratada para realizar las tareas normales del puesto de trabajo, sin que exista causa alguna -ni invocada ni deducible- por la que se prevea una limitación en la duración de la prestación del servicio. consecuencia de la anterior es que el contrato celebrado entre las partes lo fue en fraude de ley, y para confirmar lo dicho baste recordar la doctrina que a este respecto tiene establecida reiterada jurisprudencia.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6-3-2009 señala: " 1. La doctrina tradicional de esta Sala con respecto al principal problema debatido, esto es, la validez de la cláusula de temporalidad de los contratos de duración determinada, puede resumirse, como hizo nuestra sentencia de 21 de marzo de 2002 (R. 2456/01), de la siguiente forma:

"A/. La validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de esta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa. Pero la temporalidad no se supone. Antes al contrario, los artículos art. 8.2 y 15.3 del ET) , y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre) que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí que en el apartado 2.a) de los artículos 2 , 3 y 4 del R.D . citado , se imponga la obligación, en garantía y certeza de la contratación temporal

causal, de que en el contrato se expresen, con toda claridad y precisión, los datos objetivos que justifican la temporalidad: la obra o servicio determinado, las circunstancias de la producción, o el nombre del trabajador sustituido y la razón de la sustitución. Es cierto, no obstante, que la forma escrita y el cumplimiento de los citados requisitos no constituye una exigencia "ad solemnitatem", y la presunción señalada no es "iuris et de iure", sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido".

B/. Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores . En tal caso, tampoco rompe la continuidad de esa relación de trabajo, la suscripción de un recibo de finiquito -- que por otro lado no refleja, normalmente, mas que la liquidación de cantidades adeudadas -- cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado. Además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior al tiempo de caducidad, 20 días hábiles, de la acción de despido que podía ejercitarse tras aquella extinción".

C/. La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otro u otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos, en si mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido. De modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran intercomunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los artículos 3.5 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores . Conviene advertir que el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dolus malus), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial".

2. Así mismo hemos venido proclamando con reiteración " que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores , la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre . Por esa razón los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio, las circunstancias de la producción o el nombre del trabajador sustituido en el contrato de interinidad, y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinición de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique " (FJ4º STS 5-5-2004, R. 4063/03).

3. De igual forma hemos reconocido que " cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el art. 6.4 del Código civil : el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir " (STS 6-5-2003, R. 2941/02). En la actualidad, la norma que se trata de eludir sigue siendo el art. 15.1 del ET ("El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"), precepto del que hemos de continuar entendiendo que mantiene la tradicional presunción en favor del contrato por tiempo indefinido porque esa sigue siendo la regla mientras que la duración determinada se contempla como excepción para los supuestos concretos que la propia disposición regula. Sigue siendo válida, pues, nuestra doctrina cuando afirmaba que " como observó y sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita, la cual ha mantenido parecidas conversiones en tiempo indefinido, si el trabajador no es alta en seguridad social, si se ha cometido fraude de ley o se ha prescindido de la forma escrita legalmente pedida" . (FJ 3º.3 . STS 6-5-2003, R. 2941/02) ".

Estimada la irregularidad de la contratación, resulta de ello a su vez la irregularidad del despido, y existiendo indicios de vulneración de un derecho fundamental -como hemos razonado- que no han sido desvirtuados por el demandado, el despido debe ser declarado nulo.

QUINTO: Resta por examinar las consecuencias de la nulidad del despido cuando se trata de un empleado de hogar, dado el tipo sui generis de relación que se produce entre quien presta un servicio en el hogar de una familia y los que viven en ella, relación que claramente es de "especial confianza" siendo difícil entender que el empleador de un hogar familiar quiera, después de haber sido despedido el empleado, volver a readmitirlo y soportar esta situación en un ámbito fundamentalmente íntimo como lo es el hogar familiar.

Los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido una solución unánime, considerando que la índole de los bienes jurídicos en juego imponen que, visto que el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no contempla el supuesto de despido nulo en este ámbito, cualquiera que sea el tratamiento que se otorgue a estos supuestos, no cabría la opción de la readmisión forzosa.

La cuestión sobre la que los Tribunales discrepan se centra en determinar si la solución aplicable sería la indemnización prevista para el despido improcedente en el Real Decreto 1620/2011 (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) o la prevista en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (33 días de salario por año de servicio con un límite de 20 mensualidades), siendo asimismo unánimes los Tribunales en la consideración de añadir a ello una indemnización adicional, que salvo en el caso de que se solicite expresamente una cuantía concreta, deberá coincidir con los salarios dejados de percibir.

Existen sentencias en ambos sentidos. Aceptando la tesis de la indemnización prevista para el despido improcedente en el Real Decreto 1620/2011 (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) podemos citar las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León de 25-2-2013 y Andalucía con sede en Málaga de 29-11-2017.

Por su parte, con la tesis de la aplicación del régimen común del Art. 56 del Estatuto de los Trabajadores (33 días de salario por año de servicio con un límite de 20 mensualidades), se sitúan las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid 26-9-2016, Cataluña de 8-4-2013 y 15-1-2013 y País Vasco de 20-10-2015, entre otras.

Al respecto de esta cuestión la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20-10-2015 estableció: "*Para abordar la cuestión enunciada es preciso tener en cuenta dos consideraciones previas que delimitan el análisis a realizar por la Sala, como son en primer lugar, la existencia de una laguna en el régimen jurídico del trabajo doméstico con respecto a la calificación de nulidad del despido, y, por ende, a las consecuencias que de ella dimanar, en tanto que el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011 solo hace referencia a la improcedencia; y, en segundo lugar, la decisión judicial de suplir el vacío normativo excluyendo la reincorporación obligatoria al puesto de trabajo y estableciendo los efectos económicos de acuerdo a lo pautado para el despido improcedente en "la Ley Sustantiva Laboral", en lugar de recurrir a las previsiones fijadas para esa clase de despido en el precepto reglamentario anteriormente citado, conforme al cual el montante de la indemnización sería de 20 días por año de servicio (en el supuesto enjuiciado, y dada la antigüedad de la actora, la diferencia regulatoria en relación al límite del número de mensualidades carece de trascendencia).*"

Incuestionable la premisa según la cual la laguna detectada en el reglamento aplicable ha de cubrirse con la normativa laboral común, en los términos previstos en el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011, presupuesto que no puede ser revisado de oficio en esta sede lo que supondría una "reformatio in peius" constitucionalmente vedada, la conclusión que fluye lógicamente de tal proposición es la de que el régimen jurídico al que hay que acudir para determinar los efectos económicos que produce la declaración de nulidad del despido, es el establecido con carácter general para los despidos nulos cuando no resulta viable o pertinente la readmisión, no apreciándose razón alguna que ampare la opción de la juzgadora de equiparar las consecuencias del despido nulo a las del improcedente, máxime cuando su elección se traduce en una inferior tutela, carente de fundamento objetivo, frente a un acto extintivo lesivo de los derechos fundamentales de una trabajadora que, además, a diferencia de los trabajadores sujetos a relación laboral común, no se beneficia de la prestación por desempleo, y no ha solicitado una indemnización adicional por la vulneración de esos derechos.

Sentado lo anterior, el problema se reconduce a verificar cuál es el tratamiento que la normativa laboral común

dispensa a los despidos nulos en aquellos supuestos en que no resulta factible o adecuado el reingreso del trabajador en la empresa.

(...)

Ley Procesal Laboral no contempla específicamente la posibilidad de acordar la extinción de la relación en la sentencia que declara la nulidad del despido de concurrir alguno de los supuestos previstos en sí artículo 286, resulta de aplicación analógica el artículo 110.1.b) de ese mismo Cuerpo legal, con la matización de que los derechos del trabajador no puede verse mermados como consecuencia de la anticipación, lo que implica que la declaración de nulidad del despido sin posibilidad de readmisión debe conllevar la condena al cabeza de familia al pago de la indemnización legal, computándose como tiempo trabajado el transcurrido hasta la fecha de la sentencia, y a los salarios dejados de percibir por el empleado de hogar desde el momento del cese hasta la fecha de la sentencia. Solución que se atiende a la dada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de octubre de 2009 (Rec. 2832/08), y no resulta enervada por el hecho de que la demandante se encontrase en situación irregular conforme al criterio fijado por el propio Tribunal en sentencias de 21 de junio de 2011 (Rec. 3428/10) y 17 de septiembre de 2013 (Rec. 2398/12)".

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 19-11-2017 señaló: " El artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, establece que los derechos y obligaciones concernientes a esta relación laboral de carácter especial se regularán por las disposiciones de ese real decreto y, con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral, por lo previsto en la normativa laboral común. Por tanto, aunque en el referido Real Decreto 1620/2011 no se regule específicamente la figura del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales de la empleada de hogar, consideramos que dicha figura resulta plenamente aplicable a esta relación laboral de carácter especial, por aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores . Ahora bien, habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales previstas en el Estatuto de los Trabajadores (readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir y, en su caso, fijación de una indemnización adicional por la vulneración de los derechos fundamentales) a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial fijando por un lado la indemnización prevista para los supuestos de despido improcedente en el artículo 11.2 del repetido Real Decreto 1620/2011 , y, por otro lado, fijando una indemnización adicional que venga a compensar a la empleada de hogar por la vulneración de su derechos fundamentales, pues el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales el juez deberá fijar una indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, indemnización que será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

Por tanto, las consecuencias que deben derivarse de la calificación del cese de la actora con vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación de la misma, vinculada al demandado por una relación laboral de carácter especial de empleada de hogar, deben ser, por un lado la fijación de la indemnización prevista para esta relación laboral especial en los supuestos de despido improcedente, esto es el importe de 20 días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades, y, por otro lado, la fijación de una indemnización adicional por la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, indemnización que la Sala considera que debe fijarse en el importe de los salarios dejados de percibir por la actora desde el momento del cese (13 de octubre de 2015) hasta la fecha de la sentencia de instancia (4 de marzo de 2016) a razón de un salario de 23 € diarios (lo que supone la cantidad de 3289 €, esto es 143 días por 23 € diarios). Ahora bien, del importe conjunto de ambas cantidades debe deducirse lo ya percibido por la actora en concepto de indemnización por desistimiento (1173 €) y preaviso (161 €). Todo lo anterior nos lleva a estimar el recurso de suplicación interpuesto y revocar la sentencia recurrida en el sentido antes reseñado ".

Finalmente exponemos el criterio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15-1-2013 : "... la

doctrina tanto de esta Sala como de otras Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, han considerado que, no encontrándose expresamente contemplado el despido nulo por el Real Decreto 1424/1985 , de 14 de noviembre en los supuestos en que se modulen sus efectos con los propios del despido improcedente, procede el devengo de salarios de tramitación, al reconducirse precisamente tales efectos a los del despido improcedente regulado en la normativa común. Así, la propia sentencia invocada por la parte demandada recurrente, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 24 de noviembre de 2.008 , dada precisamente la declaración de nulidad del despido, y aún en el supuesto de no instarse como indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales (la cual sí fue interesada en las presentes actuaciones, si bien desestimada en la instancia), considera que "resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores " . Del mismo modo, la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2.010 estimó, en supuesto de nulidad de despido de empleada de hogar, que se devengaban los salarios de tramitación, criterio coincidente con el aplicado por otros Tribunales Superiores (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 7 de septiembre de 2.010) " .

Expuestas las posiciones de los diversos Tribunales, *esta Sala considera que la falta de previsión del despido nulo en la normativa especial de empleados de hogar (RD 1620/2011, de 14 de noviembre) , nos lleva a aplicar la legislación común, por el carácter supletorio expresamente previsto en aquella, siguiéndose por tanto las directrices del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores para el cálculo de la indemnización.*

Partimos como módulos de cálculo de una antigüedad de 14-4-2015, de una fecha de despido del 31-12-2015, y de un salario a efectos de despido de 260 € mensuales (8,66 € diarios).

Para determinar la legislación aplicable a estos efectos, ha de recordarse que la Disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, vigente al tiempo del despido según lo establecido en su Disposición Final vigésima primera, señala:

" Indemnizaciones por despido improcedente.

1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012 " .

Por su parte, el Art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (aplicable al caso por haber entrado en vigor el 13-11-2015, fecha anterior al despido), establece una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades".

Conforme a los parámetros de cálculo previamente indicados, correspondería al actor una indemnización de **211,56 €**. Así mismo, como se indicó con anterioridad, en el presente caso *la readmisión no es posible, pero sí la percepción de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia de instancia* (conforme al criterio razonable y de equidad adoptado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 19/11/2017), a razón de 8,66 € diarios y descontando los periodos de incapacidad temporal o aquéllos en los que la actora haya prestado servicios.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR** y **ESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D^a. Eloisa contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2016, dictada por el juzgado de lo social nº 2 de Sevilla , en autos 165/2016 seguidos a instancia de D^a. Eloisa contra D. Abelardo y el Ministerio Fiscal, y en consecuencia, **REVOCAMOS** la Resolución impugnada, declaramos la nulidad del despido de la actora efectuado el 31 de diciembre de 2015, y condenamos a D. Abelardo a abonar a la demandante una indemnización ascendente a 211,56 €, así como una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde el día del despido, inclusive, hasta la fecha de la sentencia de instancia, excluyéndose los periodos de baja por incapacidad temporal o en que se haya trabajado por la actora.

No se efectúa condena en costas

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 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".

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósito y Consignaciones" número 4.052 0000 65 - ./.. (reseñado en puntos suspensivos número de recurso y año) del Banco Santander, oficina urbana Jardines de Murillo, sita en Avda. Málaga, nº 4 de Sevilla; tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala, haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banco Santander, en la Cuenta-Expediente nº 4052- 0000-35., especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso" .

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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.

PUBLICACIÓN.- Sevilla a veintiuno de junio de 2018.

La extiendo yo, el/la Secretario/a para hacer constar que, una vez extendida la anterior sentencia y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fe.

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre , de protección de datos de carácter personal)".