

DIFERENTES SUPUESTOS

# DESPIDO NULO

# INDICE

4. ¿Es nulo el despido de una empleada de hogar embarazada si se desconoce?
6. ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de IT?
8. Nulidad de despido durante periodo de prueba de trabajador en IT
10. ¿Se puede asimilar la incapacidad temporal a la discapacidad a efectos de declarar el despido nulo?
12. ¿Es improcedente o nulo un despido por enfermedad?
14. Acción de despido y contrato nulo por prestación de servicios sexuales
16. Despido colectivo nulo por venta fraudulenta de acciones
18. Consecuencias por no incorporarse después de readmisión por despido nulo
20. Despido nulo de mujer embarazada
22. Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fertilidad: no siempre es nulo

# El mayor centro de conocimiento y soluciones para la Asesoría y la Empresa



## LEFEBVRE QMEMENTO Social

El poder de la información analítica conectada a la base de conocimiento más innovadora.

### AHORA ADEMÁS INCLUYE

- > Apuntes y consejos Indicator.
- > Obras de diferentes colecciones de Lefebvre: Claves Prácticas, Mementos Expertos, Guías rápidas y otros manuales con la sistemática Memento.

-  QMemento Social te ofrece **todo el conocimiento de Lefebvre** y un **servicio de documentación** y consultas apoyado por los mejores expertos.
-  Es la única base de datos de conocimiento que une **el prestigio de los Mementos** con el sistema documentario más completo.
-  Tendrás a tu disposición un **buscador realmente eficaz** basado en **inteligencia artificial** y en la **primera red semántica legal**.
-  Podrás añadir a tu QMemento, **Sibila**, el primer analista inteligente y **Formación experta**, toda la formación técnica que te proporciona la Formación Lefebvre.

infórmate en [lefebvre.es/tienda](https://lefebvre.es/tienda)



## ¿Es nulo el despido de una empleada de hogar embarazada si se desconoce?

**LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE UNA EMPLEADA QUE ESTÁ EMBARAZADA ES NULA, AUNQUE LA EMPLEADORA DESCONOZCA LA SITUACIÓN DE EMBARAZO.**

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo de la empleada al servicio del hogar familiar -parte recurrida en el recurso- que se encontraba embarazada en el momento de la extinción, sin que la empleadora conociera esa situación de embarazo.

La sentencia declara la nulidad del despido por dos razones. En primer lugar, porque el artículo 11 RD 1620/2011 no especifica nada sobre el despido nulo, lo que conduce a la aplicación supletoria del ET.

Y, en segundo término, porque el embarazo de la trabajadora determina que se apliquen los criterios del artículo 55.5 ET, siendo indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador.

El recurso combate esta última apreciación y sostiene que la protección reforzada del despido ex art. 55.5 b) ET no se puede aplicar al presente supuesto, en el que la empleadora desconocía en el momento de la extinción del contrato de trabajo la existencia del embarazo.

El recurso se ampara para ello en la jurisprudencia constitucional sentada sobre la resolución del contrato de trabajo a iniciativa de la empresa durante el periodo de prueba.

Esa jurisprudencia está referida a la resolución del contrato de trabajo a instancia empresarial durante el periodo de prueba, y con independencia de que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1

de marzo, ha modificado la redacción del art. 14.2 ET, no es aplicable a lo que es un supuesto diverso: la extinción del contrato de trabajo de una empleada al servicio del hogar familiar. En efecto, ambos supuestos cuentan con regulaciones distintas en el propio Real Decreto 1620/2011. La resolución empresarial del contrato de trabajo durante el periodo de prueba se regula por el art. 6.2 RD 1620/2011 y la extinción del contrato de trabajo por el art. 11 RD 1620/2011, que, como de inmediato se expondrá, prevé expresamente la aplicación del ET.

Y en el presente caso la empleadora incumplió los requisitos establecidos por el art. 11.3 ET, para considerarse un desistimiento empresarial, toda vez que en la comunicación no constaba «de modo claro e inequívoco» la voluntad empresarial de dar finalizada la relación laboral por desistimiento, ni tampoco se puso a disposición de la trabajadora la indemnización en metálico. Ese incumplimiento tiene como consecuencia que legalmente se asume que se está ante un despido y no ante un desistimiento empresarial.

Además, a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se le aplican supletoriamente, de conformidad con los artículos 3 b) y 11.1 RD 1620/2011, las normas de despido del ET.

Y, en los preceptos de despido del trabajador, el art. 55.5 b) ET dispone la nulidad del despido de «las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)».

En consecuencia, desde la perspectiva de las normas reguladoras del despido de una empleada de hogar, la protección del embarazo también ha de aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada.

**STS (SOCIAL) DE 11 ENERO DE 2022. EDJ 2022/501069**

# ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de IT?

## TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 15/2022 LA ENFERMEDAD ES UNA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN AUTÓNOMA Y NO RELACIONADA CON LA DISCAPACIDAD.

La trabajadora prestaba servicios para la empresa como escapatista desde el 8-3-2022. El 27-6-2022, la trabajadora comunica por WhatsApp al hijo del titular del establecimiento que en fechas próximas debía someterse que una intervención quirúrgica, expresando que, dado que no pueden soportar el coste de la baja, iban a proceder a su despido volviendo a contratarla tras su recuperación por estar satisfechos con su desempeño.

La intervención se produce el 8-7-2022, iniciando un proceso de IT y el mismo día la empresa le comunica su despido disciplinario por bajo rendimiento, reconociendo su improcedencia en la misma carta.

Disconforme, la trabajadora interpone demanda de despido con vulneración de derechos fundamentales solicitando se declare la nulidad. Igualmente, efectúa una reclamación de diferencias salariales por horas extraordinarias y la falta de abono de un complemento salarial.

El juzgado recuerda que la doctrina judicial estableció que para que la enfermedad se pudiera asimilar a discapacidad a efectos de discriminación de trato en las extinciones contractuales, era preciso que la incapacidad temporal revistiera carácter duradero. No obstante, señala que tras la publicación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022), la interpretación ha de ser otra.

La norma amplía los ámbitos en los que se puede sufrir una discriminación, incluyendo entre ellos la enfermedad o condición de salud. Con relación a la enfermedad, la norma no exige ningún tipo de duración. Para el juzgado, esto supone que la equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo.

Además, establece una construcción muy similar respecto a la inversión de la carga de la prueba, de modo que, si el trabajador aporta indicios de una discriminación, corresponde a quien se imputa esta situación aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En el supuesto enjuiciado no sólo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad (y operación de la actora), sino este dato probado que se puede considerar a través de la conversación por WhatsApp con el hijo de la titular del establecimiento. Por ello, el despido debe ser declarado nulo por discriminatorio, presumiéndose la existencia de daño moral.

Respecto de la indemnización, a pesar de esta no fue reclamada por la trabajadora, el juzgado entiende que sí debe pronunciarse sobre su cuantía, e impone una indemnización de 3.500 euros.

Para ello, ha tenido en cuenta factores como: la escasa duración de la relación laboral, el que la actora ha sido atendida en salud mental, y que la empresa actuó de una forma totalmente contraria a la protección de los trabajadores durante los periodos de IT, convirtiendo a la persona trabajadora en una mera mercancía a disposición del empresario, incluso tras ha expresado satisfacción con su rendimiento.

Por todo ello, se estima la demanda y se declara la nulidad del despido condenando a la empresa a la readmisión del trabajador y al abono de la indemnización indicada.

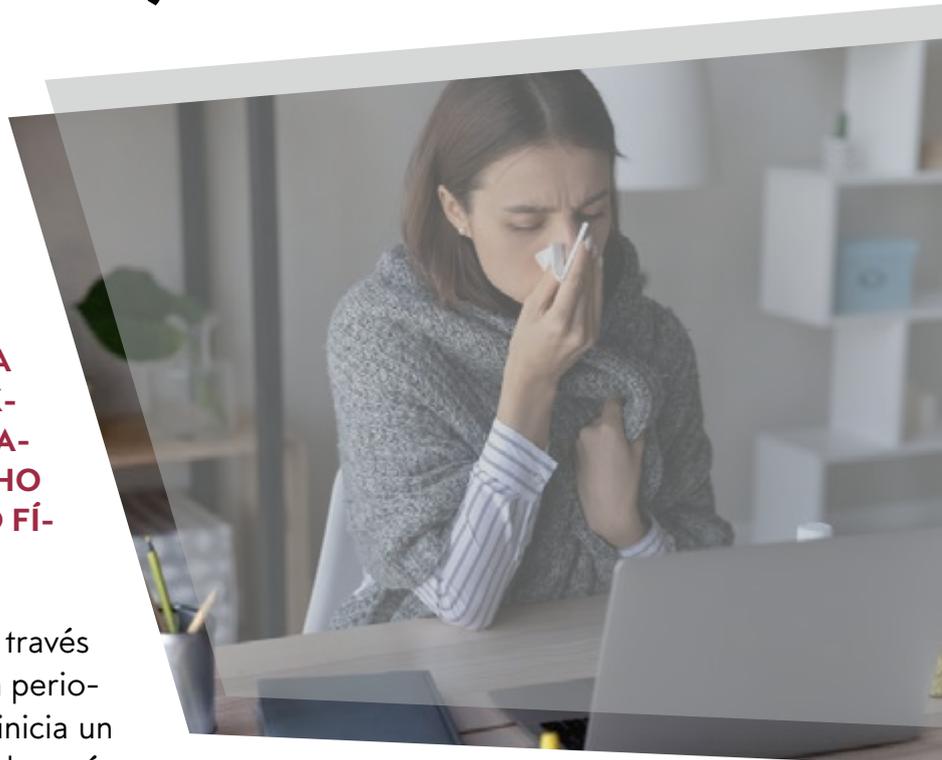
**SJDO. SOCIAL GIJÓN NÚM 1, DE 15 NOVIEMBRE DE 2022. EDJ 2022/759390**

# Nulidad de despido durante periodo de prueba de trabajador en IT

**LA ACTUACIÓN DE LA EMPRESA CESANDO AL TRABAJADOR EXCLUSIVAMENTE POR SU SITUACIÓN DE IT VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA.**

El trabajador ingresa en la empresa a través de un contrato temporal que fijaba un periodo de prueba de 1 mes. El 6-7-2020 inicia un proceso de IT derivada de enfermedad común (síntomatología ansioso depresiva) y el 9-7-2020 la empresa comunica por escrito al trabajador la extinción de su contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba.

Antes de la contratación, el servicio de PRL contratado por la empresa había emitido un dictamen declarando apto al trabajador para el desempeño del puesto de trabajo. El convenio colectivo aplicable establece que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento que afecten al trabajador/a durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo de duración del periodo de prueba.



El trabajador considera que la causa real de su despido ha sido el temor de que su situación de IT se alargase en el tiempo y presenta demanda de despido. Al ser desestimada en la instancia, interpone recurso de suplicación.

La cuestión que se plantea, por tanto, consiste en determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales del trabajador, especialmente la integridad física y, por tanto, si el despido debe ser calificado como nulo.

El TSJ recuerda que la jurisprudencia del TS ha entendido, en varias ocasiones que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal puede ser constitutivo de la lesión del derecho fundamental a la integridad

física, de apreciarse que -aunque sea potencialmente- tal despido incide en el derecho a la Salud. En el supuesto enjuiciado

a) El trabajador alega haber sido presionado antes de la extinción de su contrato en varias ocasiones. Estas alegaciones que quedan respaldadas por el hecho de que la obra para la que había debía finalizar en septiembre de 2020. En cuanto su puesto (jefe de obra) era esencial, su baja obligaba a la empresa buscar un reemplazo en el mínimo plazo posible. Esto hace que el TSJ considere tanto que la causa de cese fue su situación de IT, como es razonable la sospecha de que fue presionado previamente a su cese para que se reincorporara al trabajo.

b) La empresa ha incumplido las previsiones del convenio colectivo que establece la interrupción del período de prueba durante la IT, cuya finalidad es impedir despidos como el producido.

Por todo ello, concluye que la actuación de la empresa cesando al trabajador exclusivamente por su situación de IT, habiéndole instado previamente a su reincorporación, comportó una actuación negativa y perjudicial, contraria al ejercicio de los derechos constitucionales a de la salud y al acceso a las prestaciones de la Seguridad Social y que vulnera el derecho fundamental a la integridad física.

Se trata de una actuación u omisión de la empresa que, en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad labora po-

dría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado.

Además, coadyuva esta conclusión el hecho de que el legislador, sin duda para prevenir -entre otras- actuaciones esta, haya recogido en la Ley para la igualdad de trato y la no discriminación (L 15/2022) como una de las causas de discriminación prohibida la enfermedad o condición de salud como causa de discriminación distinta a la de la discapacidad, poniendo al debate de si la apreciación de la enfermedad como causa de discriminación debiera requerir el carácter imprevisible de su curación o su larga duración (asunto Daouidi).

En consecuencia, se estima el recurso declarando la nulidad del despido condenando a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación, limitados, dado el carácter temporal del contrato, a la fecha de finalización prevista. El TSJ no se pronuncia sobre indemnización resarcitoria por la vulneración del derecho fundamental a la integridad física al no haber sido solicitada en la demanda.

**STSJ ILLES BALEARS (SOCIAL) DE 24 ENERO DE 2023. EDJ 2023/513737**

# ¿Se puede asimilar la incapacidad temporal a la discapacidad a efectos de declarar el despido nulo?



**PARA QUE EL DESPIDO PUEDA SER CALIFICADO DE NULO, POR DISCRIMINATORIO, ES PRECISO QUE DICHO TRABAJADOR SUFRA ALGÚN TIPO DE DISCAPACIDAD.**

El TS, en unificación de doctrina, confirma la sentencia de instancia porque no cabe sostener un despido no justificado constituya una lesión de derechos fundamentales, aunque se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de incapacidad temporal previamente, pues para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, **es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad.**

Se recurre en casación frente a sentencia que entendió el despido improcedente, solicitando su nulidad por entender que existió discriminación por enfermedad. Tanto la sentencia del Juzgado como la recurrida rechazan que quepa apreciar discriminación por razón de la enfermedad, sin que conste tampoco que la situación del trabajador sea susceptible de ser calificada como de discapacidad.

El recurrente invoca, como sentencia contradictoria a los efectos de acceder a la casación unificadora, la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 1 diciembre 2016, Daouidi, C- 395/17. Se trata de una sentencia que da respuesta a una cuestión prejudicial española en que se suscitaba el concepto de discapacidad a los efectos de la interdicción de discriminación establecida en la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000 (EDL 2000/90175),

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Sala señala que la STJUE Daouidi sostiene que el hecho de que el interesado se halle en situación de IT a causa de un accidente trabajo, con arreglo al Derecho nacional, y que ésta sea de duración incierta, no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera con arreglo a la definición de discapacidad mencionada por la Directiva 2000/78 (EDL 2000/90175), interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad.

Así, entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad del interesado **no presente una perspectiva bien delimitada** en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Añade la STJUE en cuestión que, para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

El TS, siguiendo la doctrina del TJUE, considera que **el concepto de discapacidad comprende una condición causada** por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad

acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.

En el presente caso, para analizar si existe o no la discriminación se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante, y de los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación como la definida por el TJUE, por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor, ya que las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.

Por tanto, entiende la Sala que **no cabe sostener** que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente.

STS (Social) de 22 mayo de 2020.  
EDJ 2020/576606

## ¿Es improcedente o nulo un despido por enfermedad?

### **NO SE PUEDE ASIMILAR TODA ENFERMEDAD A DISCAPACIDAD.**

El TS estima que debe declararse la improcedencia del despido y no la nulidad cuando en la enfermedad no hay el menor elemento de juicio que permita considerar que pudiere tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, para poder asimilar dicha circunstancia a una discapacidad.

La cuestión jurídica es la de determinar si debe calificarse como despido improcedente o nulo la extinción de la relación laboral que tiene lugar en fecha 2-12-2016, de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal desde 26-11-2016. La sentencia de instancia entendió que el despido era nulo, siendo revocada en suplicación, que calificó como improcedente el despido objeto del litigio.

La Sala, siguiendo la doctrina del TJUE al respecto, entiende que el concepto de discapacidad comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.

El que una persona trabajadora se halle en situación de IT a causa de un accidente trabajo, con arreglo al Derecho nacional, y que ésta sea de duración incierta, no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera con arreglo a la definición de discapacidad mencionada por la Directiva 2000/78 (EDL 2000/90175), interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad.

Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.



Para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los **elementos objetivos** de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Por tanto, no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita.

Y en el presente caso se trata de un trabajador que inicia un proceso de IT y es despedido a los seis días, sin que ni siquiera consten los motivos concretos de las dolencias que hayan podido motivar la baja médica, ni aparezca ningún otro dato que permita valorar mínimamente la posible discapacidad del trabajador en razón de tales dolencias.

**STS (SOCIAL) DE 15 SEPTIEMBRE DE 2020 EDJ 2020/677576**

# Acción de despido y contrato nulo por prestación de servicios sexuales

**NO EXISTE ACCIÓN DE DESPIDO CUANDO EL CONTRATO DE TRABAJO ES NULO, POR SER SU OBJETO PRINCIPAL LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES.**

Un extranjero en situación administrativa irregular demandó por despido a su empresa, arrendataria de un piso con categoría de Motel, donde prestaba servicios realizando masajes y, en su caso, servicios sexuales, a los clientes



de la demandada, así como la limpieza y adecuación de las habitaciones en las que se prestaban tales servicios. Cuando finalizaba el servicio el cliente abonaba la empresa 95 € y esta pagaba 40 € en efectivo al masajista elegido por cada servicio. La empresa les dio un mes de vacaciones durante las que aprovecharía para hacer reformas en el local. Cuando el actor se personó de nuevo en el piso, lo encontró cerrado y tras intentar infructuosamente comunicarse por teléfono, envió un burofax a la empresa. La empresa carece en la actualidad de actividad.

En instancia se declaró el despido improcedente y siendo imposible la readmisión, por cierre de la empresa, se declaró extinguida la relación salarial obligándose al abono de la indemnización con base en el salario previsto para un masajista en el CCol del sector de la Hostelería de Catalunya. La sentencia parte de la existencia de un contrato de trabajo válido, considerando que mientras el Estado Español no asuma las recomendaciones relativas a la erradicación absoluta de todas las formas de prostitución, la actual situación de «alegalidad» no reconociendo el carácter laboral de la relación, no hace más que agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad

y la igualdad que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena, para la inmensa mayoría de mujeres que la ejercen.

El TSJ, tras un recorrido por la normativa internacional y nacional penal relativa al trabajo sexual y la trata de seres humanos, se refiere a su tratamiento en la jurisdicción social. Recuerda que se ha admitido que la actividad de alterne sea por cuenta ajena, siempre que se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. Sin embargo, no se admite la prostitución como actividad por cuenta ajena por posible vulneración de derechos fundamentales por parte del empresario así como del derecho a la libertad sexual y a la dignidad personal de los trabajadores.

La sentencia de suplicación considera que el objeto del contrato es ilícito, no porque el trabajo sexual deba considerarse «contrario a la moral» ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario, resulta contraria a la dignidad humana.

En el caso concreto se trata de un contrato de trabajo completamente nulo (aunque no haya trata de seres humanos ni explotación de la prostitución ajena), pues los servicios de

limpieza de habitaciones y de masajes resultan ser absolutamente accesorios de la prestación principal, consistente en servicios sexuales. Ante tal nulidad completa no goza de la acción de despido, pues no puede extinguirse una relación jurídica que resulta ser nula. La acción de despido sí existiría ante un contrato parcialmente nulo.

En el marco de una nulidad completa sí sería posible exigir la remuneración correspondiente o generar una acción de tutela de los derechos fundamentales vulnerados, particularmente la dignidad la libertad sexual, que forma parte del derecho a la intimidad. La indemnización que se fije por los Tribunales ha de contribuir a prevenir el daño, de forma que dicha indemnización habría de resultar, como mínimo, de igual cuantía que la que correspondería en su caso por despido, incluidos los salarios de trámite.

En el caso concreto, el actor solo demandó por despido y no ejercitó pretensión de tutela de derechos fundamentales, por lo que la Sala no puede entrar a conocer la misma, so pena de incurrir en incongruencia e irrogar indefensión a la parte demandada, que no ha podido debatir ninguno de los elementos fundamentadores de dicha pretensión. Todo ello, sin perjuicio de que la parte actora la ejercite en otro pleito distinto.

**STSJ Cataluña (Social) de 11 noviembre de 2019. EDJ 2019/763188**

## Despido colectivo nulo por venta fraudulenta de acciones

**ES NULO SI LA VENTA TIENE COMO FIN EL EVITAR QUE EL PERIODO DE CONSULTAS ALCANZASE SUS FIN, AL NO PROMOVERSE POR EL EMPRESARIO REAL.**

Se impugna un despido colectivo, promovido por una empresa, encuadrada formalmente en un grupo mercantil, que en varias resoluciones judiciales previas había sido considerado laboral, porque se vendieron artificialmente sus participaciones sociales a una empresa con un capital social de 3000 euros, que vendió sus participaciones a otra empresa con el mismo capital social, sin cumplir ninguna de ellas los compromisos adquiridos para reflotar la empresa.

Señala la Audiencia que el orden social es el competente para conocer de la compraventa de las participaciones sociales, pues su finalidad era la de crear un cordón de seguridad con las demás empresas del grupo; No se juzga en abstracto la operación mercantil, sino su ejecución en fraude de ley, con la finalidad de eludir normas laborales. También es competente para conocer de la responsabilidad del administrador único, porque no se denun-



cia su actuación mercantil, sino su condición de empleador real e instigador principal del fraude.

Respecto al fondo del asunto entiende que se está ante un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria, al que se ha de aplicar la doctrina del «levantamiento del velo». Se acredita que el objetivo de la operación mercantil cuestionada, no tenía más finalidad que extinguir todos los contratos de trabajo de una de las empresas, sin que dicha extinción afectara de ningún modo al grupo de empresas, en el que se encuadraba dicha mercantil o, en su caso, a otras empresas, que podrían conformar entre todas ellas un grupo a efectos laborales.

Esto implica que debería haberse aportado la documentación exigida para estos casos, lo que hubiera obligado a entregar las cuentas consolidadas, si es que estaban obligadas a la consolidación, al haberse probado cumplidamente la concurrencia de saldos acreedores y deudores entre las empresas del grupo y en su defecto, las cuentas de las empresas del grupo, domiciliadas en España, dedicadas al mismo sector de actividad y que tuvieran saldos acreedores y deudores entre ellas.

Se declara la nulidad del despido, condenando solidariamente a los demandados, puesto que no se promovió por el empresario real, y, además, se acreditó que la única finalidad de la venta de las participaciones sociales fue evitar que el período de consultas alcanzase sus fines.

SAN Sala de lo Social de 16 mayo de 2018. EDJ 2018/91569

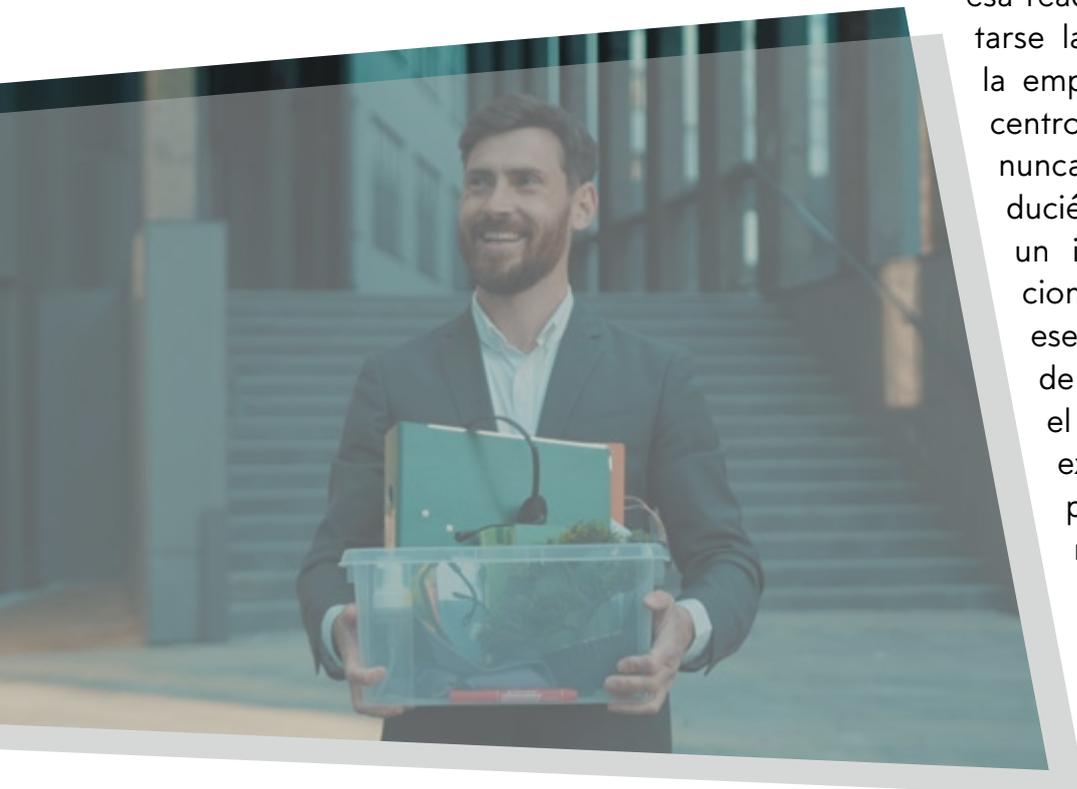
# Consecuencias por no incorporarse después de readmisión por despido nulo

**EXISTE DIMISIÓN TÁCITA CUANDO EL TRABAJADOR NO SE INCORPORA A SU PUESTO, SIN EXPLICAR MOTIVOS O REALIZAR COMUNICACIÓN ALGUNA.**

El TSJ Madrid considera que existe dimisión tácita o abandono por parte del trabajador, cuando en el marco de una readmisión en ejecución provisional el trabajador no se incorpora a su puesto de trabajo, sin explicar los motivos o realizar comunicación

alguna a la empresa. No es óbice para esta conclusión que el trabajador hubiera sufrido una modificación sustancial de su horario, pues esta sería en todo caso ejecutiva y no se acredita su impugnación.

Una empresa readmitió a un trabajador durante la tramitación del recurso de suplicación que confirmaría la nulidad de su despido declarada en la instancia. Tres meses después de esa readmisión, pero antes de dictarse la sentencia de suplicación, la empresa decidió cambiarle de centro de trabajo. Este cambio nunca se llegó a materializar, produciéndose a través de burofax un intercambio de comunicaciones entre el trabajador -en ese momento con reducción de jornada por guarda legal- y el departamento de RRHH, al existir las siguientes discrepancias sobre las condiciones de trabajo.



Finalmente, la empresa entregó una carta al trabajador en el que le comunicó que, atendiendo al desinterés mostrado en la incorporación a su puesto de trabajo, entendía que su deseo era causar baja voluntaria en la empresa. El trabajador, frente a lo que consideró un segundo despido, presentó demanda que en la instancia se calificó de nulo.

La sentencia de suplicación, siguiendo doctrina similar, resuelve el recurso presentado por la empresa y declara inexistente el despido al haberse producido la dimisión tácita o abandono por parte del trabajador, para lo que utiliza los siguientes argumentos:

- a)** Conforme a la jurisprudencia, para que exista una dimisión tácita el comportamiento del trabajador deber permitir deducir clara y terminantemente, de modo indiscutido, que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De hecho, la empresa tiene la carga de la prueba de acreditar el deliberado propósito del trabajador de extinguir la relación laboral. Debiendo probar una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito extintivo sin que quepa duda razonable sobre su intención o alcance.
- b)** El trabajador no acredita la presentación de demanda de modificación sustancial de su horario. Decisión empresarial que en todo caso el tribunal considera ejecutiva, sin perjuicio de su eventual impugnación.
- c)** Considera acreditada la pasividad del trabajador, sin incorporarse a su nuevo puesto de trabajo y ni siquiera alegar inconveniente alguno para ello, ni comunicarse con la empresa de forma alguna, debe considerarse como una dimisión tácita por sus actos concluyentes, sin que sea exigible a la empresa efectuar un despido disciplinario.

STSJ Madrid (Social) de 4 julio de 2019. EDJ 2019/672812

# Despido nulo de mujer embarazada

**OPERA CON INDEPENDENCIA DE QUE EXISTAN O NO INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN O, INCLUSO, DE QUE CONCURRA O NO UN MÓVIL DE DISCRIMINACIÓN.**

La Sala, resumiendo su doctrina ya consolidada, establece que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por

cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.



Por tanto, la finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

Todo ello lleva a entender que el precepto es configurador de una nulidad objetiva que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación».

Frente a esto no se puede oponer el apartamiento de la Directiva 92/85/CEE, pues en la Ley 39/1999 se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva. Además, la finalidad de evitar los despidos discriminatorios no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio.

STS Sala 4ª de 28 noviembre de 2017.EDJ 2017/259458

# Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fertilidad: no siempre es nulo

**ES PRECISO QUE LA EMPRESA TENGA CONOCIMIENTO DEL ABORTO Y DE UN TRATAMIENTO DE FERTILIDAD Y NO ACREDITE DEBIDAMENTE LA CAUSA DE DESPIDO ALEGADA.**

El 8 de septiembre de 2016, la trabajadora recibe carta de despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo desde febrero de 2016. Considerando que en realidad el despido obedece al tratamiento de fertilidad que viene recibiendo, la trabajadora impugna el despido. Frente a la sentencia de instancia que declara el despido improcedente, la trabajadora recurre ante el TSJ Madrid que declara el despido nulo por ser discriminatorio por razón de sexo. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por el TSJ Galicia 8-7-14 (EDJ 129204).

El TS considera que no concurre entre las sentencias comparadas la contradicción necesaria para analizar el recurso. En ambos casos se someten a juicio dos supuestos de despido de una trabajadora que está sometida a un tratamiento de fertilidad en los que no se trata de analizar si existe en el supuesto la nulidad objetiva por razón de embarazo (ET art.55), sino

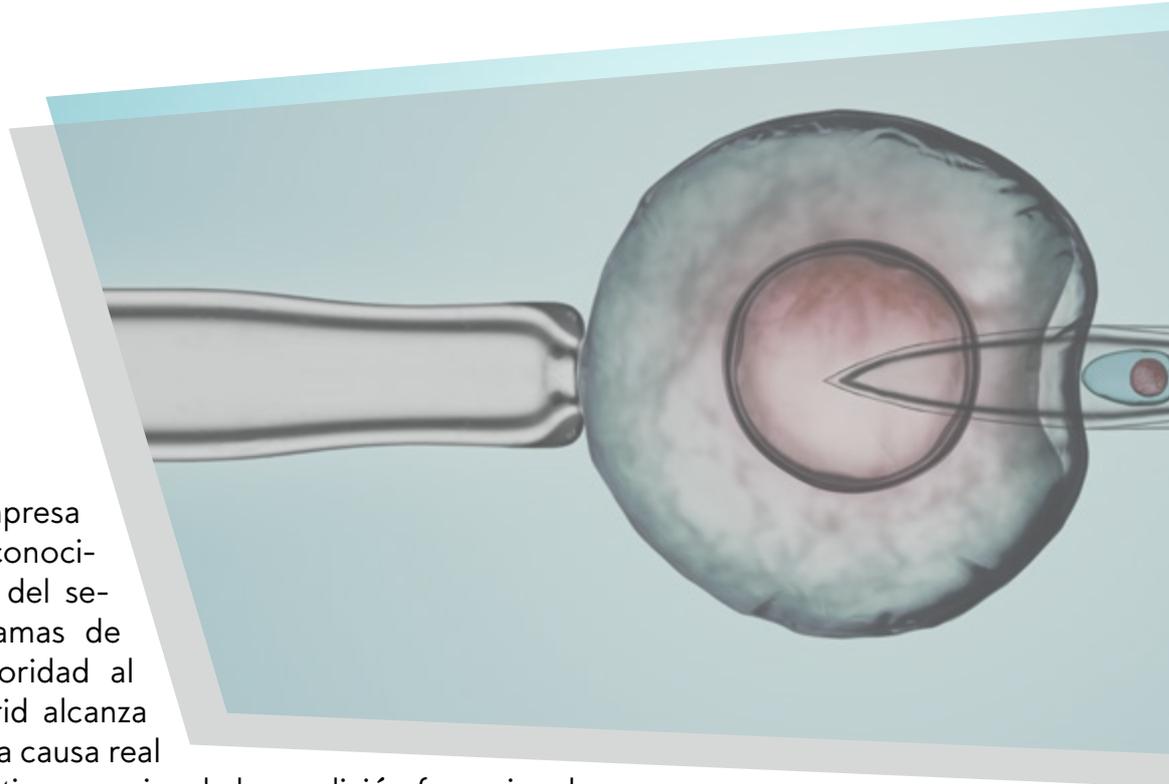
de si concurren los elementos necesarios para considerar el despido nulo por discriminación por razón de sexo por estar basado esencialmente en el hecho de que la trabajadora estuviera sometida a un tratamiento de fertilidad.

En la sentencia analizada existen unos indicios de nulidad que la empresa no ha desvirtuado:

**a)** Consta acreditado que la trabajadora sufrió un aborto el 7-5-16 que le ocasionó unas consecuencias patológicas que quedan debidamente reflejadas en los informes médicos de la baja por IT, situación en la que estuvo entre el 11 y el 17 de mayo. Además iba a iniciar un tratamiento de fertilidad el 15-9-2016.

**b)** La trabajadora nunca fue reconvenida o amonestada por ningún tipo de incumplimiento de sus obligaciones laborales. Antes al contrario, había recibido repetidas felicitaciones por su desempeño profesional.

**c)** No se acreditan, en la carta de despido, datos concretos y concluyentes acerca de la disminución voluntaria del rendimiento. La sentencia de instancia, ante la vaguedad de la causa invocada, declaró el despido improcedente, sin que la empresa impugnara esta declaración.



d) Aunque la empresa mantiene el desconocimiento del aborto y del seguimiento de programas de fertilidad con anterioridad al despido, el TSJ Madrid alcanza la convicción de que la causa real del mismo fueron motivos propios de la condición femenina de la trabajadora, lo que le llevó a declarar la nulidad del despido por discriminatorio por razón de sexo.

La Sala no considera equiparable a este supuesto el referido en la sentencia aportada de contraste que rechazó la declaración de nulidad del despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad debido a que no queda acreditado que la empresa supiera que la trabajadora había iniciado un tratamiento de fertilidad dado que los partes de IT no reseñaban esa circunstancia a petición de la trabajadora.

STS (SOCIAL) DE 2 JULIO DE 2020. EDJ 2020/605490



lefebvre.es    