

## Hay más que nulidad objetiva en el despido por embarazo: la tutela constitucional exige indemnización por vulneración de derechos fundamentales

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2021, de 18 de junio**

**María Teresa Alameda Castillo**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid*

### Extracto

Esta importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se sitúa en la posición favorable a la indemnización por daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales en todo caso de nulidad objetiva de despido por embarazo. Partiendo del reconocimiento de que, en el despido de mujeres embarazadas, la protección dispensada por el ordenamiento jurídico tiene, en todo caso, un basamento constitucional anclado en la no discriminación por razón de sexo, declara que la nulidad objetiva del despido (legalidad) ha de acompañarse de la protección propia de los derechos fundamentales (constitucionalidad) y de la tutela resarcitoria, por tanto. Así, a no ser que el despido se declare procedente, llevará aparejada indemnización por daños y perjuicios, y ello al margen de que la mujer pruebe, o no, la existencia de daños morales y haga estimación de su cuantía. El daño moral y su indemnización se entienden implícitos en la lesión del derecho fundamental y esta se dirige a compensar el sufrimiento, la incertidumbre, la ansiedad, provocados en la mujer embarazada despedida. No obstante, los vaivenes judiciales en esta materia aconsejan ya unificación de doctrina por el Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** despido; embarazo; indemnización por daños y perjuicios; discriminación.

**Cómo citar:** Alameda Castillo, María Teresa. (2021). Hay más que nulidad objetiva en el despido por embarazo: la tutela constitucional exige indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2021, de 18 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 141-153.

# More than objective nullity in dismissal for pregnancy: constitutional protection requires compensation for infringement of fundamental rights

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Madrid 609/2021, of 18 June

María Teresa Alameda Castillo

## Abstract

This important ruling of the High Court of Justice of Madrid is in favour of compensation for damages for violation of fundamental rights in all cases of objective nullity of dismissal due to pregnancy. Based on the recognition that in the dismissal of pregnant women, the protection provided by the legal system has, in any case, a constitutional basis anchored in non-discrimination on grounds of sex, it declares that the objective nullity of the dismissal (legality) must be accompanied by the protection of fundamental rights (constitutionality) and, therefore, by the protection of compensation. Thus, unless the dismissal is declared fair, it will be accompanied by compensation for damages, regardless of whether or not the woman proves the existence of non-pecuniary damages and estimates their amount. Moral damage and its compensation are understood to be implicit in the injury to the fundamental right and this is aimed at compensating for the suffering, uncertainty and anxiety caused to the dismissed pregnant woman. However, the judicial ups and downs in this area have already led to a unification of doctrine by the Supreme Court.

**Keywords:** dismissal; pregnancy; compensation for damages; discrimination.

**Citation:** Alameda Castillo, María Teresa. (2021). More than objective nullity in dismissal for pregnancy: constitutional protection requires compensation for infringement of fundamental rights. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Madrid 609/2021, of 18 June. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 141-153.

## 1. Marco regulador de referencia

La vulneración de un derecho fundamental despliega tres tutelas: inhibitoria, restitutoria y resarcitoria. La tercera, como se conoce, se concreta en el derecho a percibir una indemnización regida por los principios de reparación integral y de prohibición de enriquecimiento y dirigida a la satisfacción de los daños y perjuicios realmente sufridos (y probados) por la víctima. Tendría la indemnización, por tanto, una finalidad netamente reparadora, pero a esta función se une otra, la preventiva, ya con reflejo legal expreso en el ámbito social. Así, el [artículo 183.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) alude también a la contribución de la indemnización a la finalidad de prevenir el daño pronunciándose el tribunal sobre su cuantía, determinándola prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resultara demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a aquella finalidad preventiva<sup>1</sup>. En esta línea también, de dificultad probatoria, el [artículo 179.3 de la LRJS](#) flexibiliza su rigor en caso de daños morales unidos a la vulneración de un derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada de cara a la obligación de recoger en la demanda las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada.

Junto a esta singularidad en la prueba de daños también hay que referir que, en supuestos de daño moral, aquella función estrictamente reparadora muta más bien en compensadora, al ser difícil concebir una reparación *stricto sensu* (a diferencia de lo que ocurre con los daños materiales). Por tanto, reparación-compensación y prevención son la esencia de la indemnización por daños derivada de la vulneración de un derecho fundamental. ¿Podríamos hablar también de la finalidad punitiva de la indemnización? La mayor parte de la doctrina civilista no lo admite y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en [Sentencia de 17 de diciembre de 2015 \(asunto C-407/14, Arjona Camacho\)](#) rechazaría autorizar al juez social, sin una norma nacional específica a tal fin, para acudir a la técnica del daño punitivo en las indemnizaciones (*punitive damages*)<sup>2</sup>. Ahora bien, sí cabría finalidad punitiva en la sanción, compatible con la finalidad resarcitoria y preventiva de la indemnización ([art. 10 Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo –LOIMH–](#): «reparaciones o

<sup>1</sup> En la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de [21 de febrero de 2019 \(rec. 214/2017\)](#), [13 de diciembre de 2018 \(rec. 3/2018\)](#), 24 de enero y 19 de diciembre de 2007 (recs. [1902/2015](#) y [624/2016](#), respectivamente), entre otras.

<sup>2</sup> No obstante, es posible localizar algunas instituciones sociales que se inspiran en esta técnica (v. gr., recargo de prestaciones).

indemnizaciones [...] reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias»).

De cualquier forma, aun cuando en este ámbito de la responsabilidad civil indemnizatoria ante una vulneración de derechos fundamentales en el contrato de trabajo nos movamos con criterios del derecho civil de daños, será oportuna una reinterpretación o adaptación laboral en ciertos extremos en un contexto contractual radicalmente distinto en el que los intereses tutelados son diversos y que se aleja del equilibrio contractual típicamente civil. Aquí, en buena medida, la mayor flexibilidad de los daños morales es dúctil para insertar esta lógica en el modelo (Alameda Castillo, 2014, p. 48)<sup>3</sup>, más aún cuando la propia norma procesal laboral lo contempla expresamente («el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización», art. 183 LRJS) y el legislador lo recoge en las normas de igualdad por traslación de las directivas comunitarias en la materia<sup>4</sup>. El daño moral es el infringido a la dignidad y a la estima moral (STS de 20 de febrero de 2002, rec. 2855/1996) y el propio TS en Sentencias de 19 de mayo de 2020 y 29 de enero de 2013 (recs. 2911/2017 y 89/2012, respectivamente) señala que, en relación con este, existe un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole. Entenderlo de otro modo supondría hacer depender la indemnización por daño moral de la fortaleza psicológica de cada sujeto y de sus condiciones particulares cuando la afectación del derecho fundamental y de la dignidad se ha producido en todo caso. Ello podría servir para modular la indemnización, pero no para excluirla.

En concreto, en materia de daños asociados a la discriminación por razón de sexo, habrían de reforzarse las dimensiones resarcitoria y preventiva de la indemnización. No obstante, centrándonos ahora en los supuestos de despido por causa de maternidad, se vienen diferenciando en nuestro ordenamiento dos grados de tutela. Una, objetiva y automática, distinta de la nulidad por causa de discriminación, que supera los niveles mínimos de protección de la Directiva 92/85 y que constituye una acción positiva basada en el embarazo mismo y con independencia de su conocimiento por la persona

<sup>3</sup> En esta línea también Bercovitz Rodríguez-Cano (2010, pp. 12-13), al afirmar que la cuantificación monetaria del daño moral constituye un instrumento útil para adecuar a las circunstancias del caso la reparación de perjudicado, superando los límites y las dificultades que derivan de una estricta valoración de los daños y perjuicios sufridos por el mismo.

<sup>4</sup> Junto al artículo 10 de la LOIMH y también en esta línea flexibilizadora el artículo 75.2 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. En materia de tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori* y la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

empresaria. Otra, antidiscriminatoria ([art. 55.5, párr. 1.º, Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), que requiere de la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por la persona empresaria. Para una parte de la doctrina judicial, puesto que la nulidad de los despidos que contempla el [artículo 55.5 del ET \(párr. 2.º, apdos. a\) a c\)](#) es una nulidad que surge al margen de que existan o no indicios de discriminación o, incluso, de que concorra móvil de discriminación<sup>5</sup>, únicamente, en la segunda situación, cuando hay vulneración de derechos fundamentales, quedaría justificada la imposición de indemnización (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Asturias de 10 de noviembre de 2020, [rec. 1235/2020](#)). Así, el primer supuesto no determina el abono de indemnización alguna por el solo hecho de la acreditación de la situación protegida y una vez obtenida la declaración de nulidad por su concurrencia (el embarazo). Para que así fuera, sería preciso probar, además, la existencia real de una conducta vulneradora del derecho fundamental a la que se vincula el daño moral y/o perjuicios adicionales que también habrán de acreditarse. Aquí entraría en juego la dinámica normal de la carga probatoria indiciaria que, si se revela como suficiente, determinará la inversión y desplazamiento hacia la persona empresaria, quien vendría obligada a acreditar que, pese a haber despedido a una mujer trabajadora embarazada, su intención estaba de todo punto alejada de vulnerar directa o indirectamente esta situación protegida<sup>6</sup>.

Ahora bien, no debe olvidarse que las situaciones protegidas de los [apartados a\) a c\) del párrafo 2.º del artículo 55.5 del ET](#) actúan como garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, derecho básico de las personas trabajadoras. Por eso, la declaración de nulidad que procede por aplicación de esos apartados se efectúa salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia. En el caso del embarazo, en concreto, esta protección implica una tutela preventiva útil frente al despido de las madres trabajadoras impuesta por la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del TJUE –STJUE– de 11 de octubre de 2007, [asunto C-460/06, Paquay](#)). En esta misma línea, la [STJUE de 22 de febrero de 2018 \(asunto C-103/16, Porras Guisado\)](#) afirma que, dado el riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia la contingencia del despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo en sí mismo. Por ello:

<sup>5</sup> SSTs de 18 de abril de 2017 ([rec. 2771/2015](#)), 25 de noviembre de 2014 ([rec. 2344/2013](#)) y 6 de mayo de 2009 ([rec. 2063/2008](#)).

<sup>6</sup> SSTSJ de Madrid de 22 de febrero de 2019 ([rec. 878/2018](#)) y 23 de julio de 2020 ([rec. 366/2020](#)); Galicia de 7 de noviembre y 9 de diciembre de 2019 ([recs. 4093/2019](#) y [3789/2019](#), respectivamente); Cataluña de 26 de abril de 2018 ([rec. 3002/2015](#)), entre otras.

[...] con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del art. 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas [...] contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado<sup>7</sup>.

En este contexto se sitúa la reciente [STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021](#) objeto del presente comentario.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

Con fecha 24 de enero de 2020, la demandante fue despedida por su empresa (Moove Servicios Compartidos, SL), en la que venía prestando servicios desde el 27 de junio de 2019 con la categoría de oficial 2.ª administrativo. Al tiempo del despido, la actora estaba embarazada y el Juzgado de lo Social declararía el despido nulo tras acto de conciliación con resultado sin efecto por no comparecencia de la demandada. Como consecuencias inherentes a esa declaración, se condenó a la empresa a la readmisión inmediata de la trabajadora en las mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad al despido y con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del mismo hasta la fecha de la notificación de la sentencia a la demandada y a la devolución de la indemnización por despido (985,48 €).

Tras la Sentencia de fecha 21 de octubre de 2020, se pide aclaración que se llevaría a cabo por Auto de 21 de diciembre de 2020. En la demanda rectora de las actuaciones se solicitó una indemnización adicional por daños y perjuicios por importe de 6.251 euros, en aplicación del parámetro previsto en el [artículo 40 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS) para las faltas muy graves, por considerar que era evidente que la empresa, al despedir a la trabajadora embarazada, lesionaba su derecho constitucional a no ser discriminada por razón de sexo. Esta pretensión sería inicialmente omitida en la sentencia y no acogida en el auto de aclaración instado por la demandante. En este auto se razona que la indemnización no procede por no haberse desglosado y determinado cuáles fueron los concretos daños y perjuicios irrogados a la demandante ni aportada prueba de los mismos.

La trabajadora recurre en suplicación para mostrar su disconformidad jurídica con la desestimación de la indemnización solicitada y formula un único motivo de recurso por el cauce del [artículo 193 c\) de la LRJS](#) (infracción de jurisprudencia, concretamente, SSTS de [19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016](#); [24 de octubre de 2019, rec. 12/2019](#), y [19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017](#)). Argumenta la recurrente que tanto de esta

<sup>7</sup> No obstante, el tribunal comunitario orientaría el tema a la tutela de prevención de riesgos laborales.

jurisprudencia como del [artículo 183.1 de la LRJS](#) se desprende que los daños morales son indemnizables por el solo hecho de la actuación vulneradora o de la mera acreditación de la lesión considerada consustancial a la declaración de nulidad del despido por la causa del [artículo 55.5, párrafo 2.º, letra b\), del ET](#). La indemnización, además, podría tomar como referencia la LISOS y no solo tiene una finalidad resarcitoria del daño, sino también la de prevención general de conductas semejantes.

La empresa, que no compareció al acto de juicio en la instancia, sí lo hace en esta sede de suplicación para impugnar el recurso. En su escrito de oposición –en línea con la doctrina judicial referida *supra*– alega que el [artículo 55.5 del ET](#) contiene dos bloques diferenciados: 1) el despido que tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la [Constitución española](#) o en la ley o el despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora y 2) el despido producido en cualquiera de las situaciones contempladas en los [apartados a\) a c\) del párrafo 2.º](#), entre ellas, el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta que comienza el periodo de suspensión de la letra a). Aquí, de la protección objetiva y reforzada que se dispensa al embarazo deriva una causa de nulidad objetiva que no presupone actuación vulneradora por parte de la persona empleadora ni lesión necesaria de un derecho fundamental y, por consiguiente, «no puede llevar anexa indemnización adicional alguna si esa vulneración no se ha acreditado».

### 3. Posición judicial

La [STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021](#) que comentamos estima el recurso de suplicación formulado contra la sentencia de instancia que se revoca parcialmente. Se confirma la declaración de nulidad contenida en aquella, pero se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la cantidad de 6.252 euros como indemnización derivada de la vulneración de derechos fundamentales.

El tribunal de suplicación desecha la argumentación de la empresa sobre la necesidad de probar la existencia real de una conducta vulneradora del derecho fundamental a la que se vincula el daño moral, así como los perjuicios causados. Esta interpretación obviaría la ya indicada consideración de que las situaciones protegidas en los [apartados a\) a c\) del párrafo 2.º del artículo 55.5 del ET](#) son garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y que la declaración de nulidad en estos casos se producirá salvo declaración de procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con los derechos de conciliación allí recogidos. Añade, además, que, como señala el Tribunal Constitucional (TC), no es necesaria la intencionalidad para que la lesión del derecho fundamental pueda producirse, pues la misma no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto o a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional

es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma<sup>8</sup>.

El basamento constitucional del [artículo 55.5, apartados a\) a c\), del ET](#) se ancla de forma directa en el derecho a la igualdad y en la proscripción de toda discriminación y recuerda el tribunal la sólida, conocida y estable evolución de la jurisprudencia sobre el despido de las trabajadoras embarazadas<sup>9</sup>:

- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora en esta situación 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 la persona empresaria tenía conocimiento del embarazo. Lo único que tiene que probar la trabajadora es el embarazo que, por sí mismo, constituye por disposición legal un indicio suficiente y exime, por tanto, de cualquier otro, porque para nuestro legislador el despido de una trabajadora embarazada que no es procedente merece la calificación de nulo. Es esta una declaración de protección reforzada que persigue una finalidad de parificación y de evitación de toda discriminación.
- El [artículo 55.5 del ET \(párr. 2.º a\) a c\)](#) es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación del párrafo 1.º y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o que concurra o no un móvil de discriminación.

Se trata, por tanto, de una protección reforzada con basamento y causa constitucional (no es de simple legalidad ordinaria) y, por ello, no puede llevarse a cabo una interpretación restrictiva del precepto legal y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador. Dentro de estas garantías legales y con las que la trabajadora podría razonablemente entenderse amparada, se encuentra el reconocimiento de una indemnización por haber sido víctima de un despido nulo por causa directamente vinculada con la no discriminación por razón de sexo y que no ha sido declarado procedente.

El tribunal precisará aquí que el despido no responde a causa alguna justificada, que la empresa no comparece al acto de juicio para intentar acreditar la causa y que la trabajadora está embarazada en el momento del despido. En este contexto no puede sostenerse que el despido es nulo sobre la base de una objetividad aséptica, no intencional, de legalidad

<sup>8</sup> Sentencias del TC (SSTC) [196/2004, de 15 de noviembre](#), y [225/2001, de 26 de noviembre](#).

<sup>9</sup> SSTs de [28 de noviembre de 2017 \(rec. 3657/2015\)](#), [14 de enero de 2015 \(rec. 104/2014\)](#), [25 de enero de 2013 \(rec. 1144/2012\)](#), [17 de marzo de 2009 \(rec. 2251/2008\)](#); tras las SSTC [124/2009, de 18 de mayo](#), y [92/2008, de 21 de julio](#).

ordinaria, desconectada del factor de discriminación y que no supone actuación vulneradora alguna. La persona empresaria no ha logrado obtener, ni siquiera lo ha intentado, la procedencia del despido, porque no ha justificado en forma alguna que el motivo era de todo punto ajeno al estado de embarazo, desconectado del mismo. El estado de embarazo acreditado es, en definitiva, por disposición legal, un indicio fortalecido de existencia de discriminación, indicio elevado a una categoría especial, porque no necesita de ninguna prueba adicional. Con este esquema fáctico, se estima automática la declaración de nulidad y el reconocimiento a una indemnización por haber sido víctima de un despido nulo por causa directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

La nulidad del despido de la trabajadora embarazada tiene un basamento y causa constitucional, pues entender lo contrario y concluir que se trata de una causa de nulidad objetiva y que, por tanto, no presupone actuación vulneradora alguna por parte de la persona empleadora supondría desvincular aquella nulidad del derecho a la no discriminación por razón de sexo. O, lo que es lo mismo, rebajar la protección legalmente reforzada desde el prisma constitucional para situarla en el plano de protección de nulidad de estricta legalidad ordinaria (la ley dice nulidad, sin más consideraciones). Por ello, cuando se aborda la cuestión indemnizatoria, hay que elevarse de nuevo al plano constitucional.

El diseño legal, además, responde en última instancia al establecimiento de una especial presunción *iuris tantum* (art. 385 Ley de enjuiciamiento civil) de discriminación que opera en un doble espacio: a) de causalidad, a favor de la trabajadora a la que solo se exige probar el hecho indiciario, esto es, el hecho objetivo del embarazo para presumir la existencia de discriminación y b) de imputabilidad, en contra de la persona empresaria, a la que se atribuye la violación del derecho fundamental por el acto extintivo una vez establecido el hecho indiciario y se le impone la obligación de acreditar la procedencia de su decisión como único medio posible de destruir la pretensión. La interpretación alternativa privaría al precepto legal de parte de las garantías establecidas por el legislador, porque obvia parte del efecto legal de las presunciones *iuris tantum*. Esto es, si esa destrucción no se produce porque no se obtiene la procedencia, la presunción legal despliega su total e inexorable eficacia. En suma, existe discriminación.

#### 4. Trascendencia de la doctrina establecida y posibilidad de consolidación *ad futurum*

La [sentencia comentada](#) deja claro que, en el despido de mujeres embarazadas, la protección dispensada por el ordenamiento jurídico tiene, en todo caso, un basamento constitucional anclado en la no discriminación por razón de sexo. Ello implica que, aquí, la nulidad objetiva del despido (legalidad) ha de acompañarse de la protección propia de los derechos fundamentales (constitucionalidad) y de la tutela resarcitoria, por tanto. Así, a no ser que el despido se declare procedente (la persona empresaria pudo probar y probó una causa de

extinción ajena a la circunstancia del embarazo), llevará aparejada indemnización por daños y perjuicios y ello al margen de que la mujer pruebe, o no, la existencia de daños morales y haga una estimación de su cuantía. El daño moral y su indemnización se entienden implícitos en la lesión del derecho fundamental y esta se dirige a compensar el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la angustia, la ansiedad provocada en la mujer embarazada despedida.

En esta materia de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, el TS ha mantenido una jurisprudencia oscilante (STS de 19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016) pasando de una fase inicial de concesión automática al entenderse procedente la condena al pago de una indemnización sin necesidad de acreditar perjuicio alguno –dado que se presume– (SSTS de 8 de mayo de 1995, rec. 1319/1994, y 9 de junio de 1993, rec. 3853/1992) a una posterior de exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y de acreditación de indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena (SSTS de 15 de abril de 2013, rec. 1114/2012; 11 de junio de 2012, rec. 3336/2011, y 22 de julio de 1996, rec. 7880/1995). Ahora bien, la doctrina de la Sala de lo Social ha sido modificada de nuevo rotando otra vez hacia la automaticidad, al entender que la sentencia estimatoria de la demanda de tutela de derechos fundamentales debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, toda vez que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la integridad del derecho o libertad vulnerados (SSTS de 21 de febrero de 2019, rec. 214/2017; 6 de junio de 2018, rec. 149/2017; 26 de abril de 2016, rec. 113/2015; 8 de julio de 2014, rec. 282/2013, entre otras). Aquí, ante la consideración acerca de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral consiste: de un lado, se amplía el margen de discrecionalidad en la valoración y, de otro, se diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues «los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica» (SSTS de 11 de junio de 2012, rec. 3336/2011; 21 de septiembre de 2009, rec. 2738/2008, y 28 de febrero de 2008, rec. 110/2001). También ha sido clave en el cambio de criterio judicial la nueva regulación de los artículos 179.3 y 183.3 de la LRJS y la apertura hacia el objetivo preventivo de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales junto al estrictamente resarcitorio (*vid. supra*).

Ahora bien, en el específico tema tratado (indemnización por daño moral en caso de nulidad objetiva de despido) no existe, de momento, unificación de doctrina y el [Auto del TS de 19 de junio de 2018 \(rec. 3070/2017\)](#) parece situarse en la postura contraria a la indemnización. No entró en el fondo del asunto al no apreciar contradicción, pero sí afirmaría, al hilo de la consideración de si la empresa conocía o no la situación de embarazo de la trabajadora y si ello era trascendente a efectos de la calificación del despido, que ambas cuestiones «lógicamente pueden incidir en la decisión de la sala de fijar la indemnización adicional por daños y perjuicios».

La [STSJ de Madrid comentada](#) se aparta de este planteamiento del TS y de los contenidos en otras sentencias precedentes de la misma Sala de lo Social de este TSJ (citadas *supra*). Aquí, rectifica el anterior entendimiento de los supuestos de nulidad objetiva de los apartados a) a c) del [artículo 55.5, párrafo 2.º, del ET](#), pero no se trata de voluntarismo selectivo o de una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, porque el cambio no es irreflexivo o arbitrario, sino legítimo «por razonado, razonable y con vocación de futuro, es decir, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*» (FJ 2.º 39)<sup>10</sup>. Previamente a esta sentencia rectificadora del TSJ de Madrid, otros tribunales ya se habían alineado en esta posición más garantista. Así, la [STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018 \(rec. 1028/2018\)](#) otorgaría la indemnización al entender que el despido nulo por causa de embarazo responde a una tutela objetiva, tanto de la maternidad como de la discriminación por razón de sexo y, de ahí, que opere una protección reforzada a la trabajadora en esa situación, con independencia de que exista conocimiento por parte de la persona empleadora de esta circunstancia<sup>11</sup>.

Solo unos días más tarde de la [STSJ de Madrid](#), la [STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2021 \(rec. 1926/2021\)](#) volvería al planteamiento anterior al entender que la declaración de nulidad del despido en los supuestos de trabajadoras embarazadas no debe conllevar automáticamente el reconocimiento de indemnización. Ante la falta de causa, el tribunal declara el despido nulo, pero no discriminatorio, por la falta de conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora (esta no lo comunicó y aquella lo desconocía). Además, los daños y perjuicios no se describieron en la demanda, no se probaron en el acto de juicio, ni se constatan en la sentencia, por ello, el tribunal de suplicación estima que la indemnización que sí impuso la sentencia de instancia (25.000 €) carece de fundamento y proporcionalidad y la deja sin efecto. La no imposición de la indemnización por daños morales ante discriminación no procede, pues, para el tribunal catalán, la infracción del derecho fundamental ha de ser voluntaria y culpable y ello no puede darse si la empresa no conocía el estado de gestación de la empleada.

De nuevo, la posición contraria a la indemnización por daños y perjuicios en todo caso de nulidad objetiva de despido por embarazo. Por una parte, no se valora que es indiferente que la persona empresaria conociera o no la situación de embarazo; si hubo causa de despido ajeno a esta situación, aquella pudo probarlo, y, si no lo hizo, hay despido nulo; por

<sup>10</sup> SSTC 30/2008, de 25 de febrero; 31/2008, de 25 de febrero; 43/2008, de 10 de marzo, y 67/2008, de 23 de junio.

<sup>11</sup> En la doctrina, Molina Navarrete (2010, pp. 65-66; 2018, pp. 139 y 141). No favorable a la misma, López Terrada (2021, p. 34).

También admitiendo la indemnización en supuestos de extinción de contratos temporales, [STSJ de Canarias/Las Palmas de 18 de diciembre de 2012 \(rec. 1223/2012\)](#) y en otros casos de nulidad objetiva (reducción de jornada), [STSJ de Andalucía/Sevilla de 23 de enero de 2020 \(rec. 3399/2018\)](#).

otra, por exigencia constitucional, se tiene derecho a una indemnización. Además de que se ignora que, conforme a la jurisprudencia constitucional, puede haber vulneración de un derecho fundamental sin intencionalidad, pues esta no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa del sujeto activo, como vimos.

Ante el panorama judicial descrito y a sus continuos vaivenes, es esta una materia que precisa de una clara unificación de doctrina por parte del TS que arranque del derecho constitucional la no discriminación por razón de sexo y juzgue con perspectiva de género al ser el embarazo y la maternidad la condición biológica que mayores impactos negativos tiene en el acceso y mantenimiento del empleo femenino y ser también fuente de discriminaciones diversas, lamentablemente.

#### 4.1. Y ahora, si hay derecho a la indemnización, ¿qué indemnización?

Judicialmente, no solo ha resultado conflictiva la propia indemnización compensatoria del daño moral por vulneración de un derecho fundamental, sino también la cuantificación de la misma. La [sentencia objeto de análisis](#) la fija<sup>12</sup> en el importe mínimo del grado mínimo de las sanciones por faltas muy graves del artículo 40 de la LISOS y el recurso a estas sanciones pecuniarias como criterio orientador ha sido expresamente admitido por el TS<sup>13</sup> y también por el TC ([STC 247/2006, de 24 de julio](#)). Junto a ello, se toman en consideración factores concurrentes en la determinación de la indemnización (gravedad de la conducta, duración, consecuencias del daño...) al efecto de incorporar parámetros de razonabilidad que no resulten excesivos y desorbitados en función de las circunstancias del caso<sup>14</sup>. Así, dejando claro que estamos ante una infracción muy grave del [artículo 8.12 de la LISOS](#), las opciones para el tribunal juzgador a la hora de fijar la indemnización, atendiendo a las circunstancias fácticas y a su prudente arbitrio, serán moverse dentro del artículo 40.1 c) de la LISOS entre el grado mínimo, medio o máximo. Y, a partir del 1 de octubre de 2021, con la subida en las cuantías (20 %) que incorporó la [disposición final primera de la Ley 10/2021, de 9 de julio](#), de trabajo a distancia, en el [artículo 40 de la LISOS](#)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ante la falta de oposición con argumentos específicos de la demandada al importe pretendido por la actora, limitándose únicamente a negar la obligación de su abono.

<sup>13</sup> SSTs de [13 de diciembre de 2018 \(rec. 3/2018\)](#), [29 de noviembre de 2017 \(rec. 7/2017\)](#) y [15 de febrero de 2012 \(rec. 67/2011\)](#), entre otras.

<sup>14</sup> [STS de 13 de julio de 2015 \(rec. 221/2014\)](#). La cuantificación de los daños corresponde al juez/a de instancia, siendo solo revisable en los casos en los que resulte manifiestamente arbitraria, irrazonable o desproporcionada (SSTs de [17 de junio de 2014, rec. 157/2013](#), y [5 de febrero de 2013, rec. 89/2012](#)).

<sup>15</sup> Multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio, de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros.

Por mucho que la fijación de la indemnización en este ámbito sea dúctil, flexible –al moverse en el campo de los daños morales–, es necesario respetar el marco legal y responder a la doble dimensión de la cuantía indemnizatoria en la vulneración de derechos fundamentales: resarcitoria-compensadora y preventiva-disuasoria. Así, parece oportuna la normalización judicial de la aplicación de la sanción correspondiente a una infracción muy grave (como entiende la [sentencia objeto de este comentario](#), aun en su grado mínimo) y no tiene cabida la subestimación del daño discriminatorio asociado a la maternidad aplicando sanciones inferiores ([Molina Navarrete, 2010, p. 57](#)) (v. gr., 2.000, 3.000 €<sup>16</sup>). No obstante, también se localizan sentencias que fijan indemnizaciones más altas con base en la vieja convicción de la «absoluta libertad de quien ejerce jurisdicción para determinar la misma»<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 6 de junio de 2017 (rec. 39/2017) y Andalucía/Sevilla 757/2017, de 9 de marzo.

<sup>17</sup> La STSJ de Cataluña 2793/2016, de 6 de mayo, fijaría una indemnización de 15.500 euros.

