

Grado en: Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2013/2014
Convocatoria: Junio

**LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LA MUJER
EMBARAZADA A RAIZ DE LA STC 173/2013**

**THE EXTINCTION OF PREGNANT WOMEN'S CONTRACT BASED ON STC
173/2013**

Realizado por la alumna D^a. María José Díaz Bienes

Tutorizado por la Profesora D^a. Mónica Molina García

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

“Mi ideal más querido es el de una sociedad libre y democrática en la que todos podamos vivir en armonía y con iguales posibilidades.”

Nelson Mandela

ABSTRACT

Until STC 173/2013, the dismissal of a pregnant woman on suspicion of discrimination caused the declaration of invalidity of the termination decision. However, this judgment has marked a turning point in the constitutional doctrine, setting a half-way point in the protectionist guarantee of pregnant worker.

There are three issues that may determine the nature of the terminate decision and subsequent pronouncement of the TC about this. The first, the company knowledge or the lack of it, about the employee's pregnancy; the second, the prohibition of her dismissal on the grounds of being pregnant; and the third, the termination of contract by the employer during the probationary period. All of These elements come together in the legal system, giving shape to our constitutional doctrine of protection of women and gender equality. They will all help us get closer view of the STC 173/2013, of this Bachelor Thesis.

RESUMEN

Hasta la STC 173/2013, el despido de una mujer embarazada bajo sospecha de discriminación originaba la declaración de nulidad de la decisión extintiva. Sin embargo, esta sentencia ha marcado un antes y un después en la doctrina constitucional al establecer un ecuador en la garantía protectora de la trabajadora en estado de gestación.

Existen tres cuestiones que pueden determinar el carácter de la decisión extintiva y el posterior pronunciamiento del TC sobre éste. El primero, el conocimiento o desconocimiento por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora; el segundo, la prohibición del despido de ésta; y el tercero, el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Estos elementos confluyen en el ordenamiento jurídico dando forma a nuestra doctrina constitucional en materia de igualdad de género y de protección de la mujer. Todos ellos nos ayudarán a una obtener visión más cercana de la STC 173/2013, protagonista de este trabajo de fin de Grado.

PALABRAS CLAVE - *KEYWORDS*

Despido, contrato, discriminación, embarazo, igualdad, mujer, periodo de prueba, TC.

Índice

Introducción	9
I. Panorama normativo internacional respecto a la igualdad de género.....	11
II. Desarrollo normativo en España dentro del marco europeo	14
III. La STC 173/2013, de 10 de octubre.	18
1. Antecedentes	18
2. Fundamentos Jurídicos	20
3. Votos particulares	21
IV. El conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora.....	24
1. Aspectos normativos y sociales	24
2. La Jurisprudencia Constitucional.....	26
V. Desistimiento empresarial en periodo de prueba.....	30
Conclusiones	35
Bibliografía	39
Recopilación Normativa	41
Relación de Jurisprudencia del TC.....	42
Abreviaturas.....	43

Introducción

La feminización de la masa de asalariados ha sido un hecho que ha adquirido gran relevancia en las últimas décadas¹. Tal hecho ha llevado a gobiernos de distintos signos a tomar decisiones políticas y significados cambios laborales, impulsados no sólo desde la sociedad que los demanda, sino bajo la implicación activa de organismos internacionales que prestan gran interés a este asunto.

Pero la incorporación generalizada de la mujer al mercado laboral, si bien goza del justo reconocimiento no discutiéndose los beneficios sociales que conlleva, ha descrito un recorrido histórico nada fácil. Por el contrario, han sido muchos los obstáculos que se han tenido que sortear para llegar a un punto en el que a pesar de los avances, no se puede dar por finalizado. La equiparación alcanzada en materia de formación cualificada, así como el interés de la mujer por participar en el mercado laboral, podría llevar pensar que la desigualdad entre hombres y mujeres ha desaparecido. Sin embargo tal consideración no se corresponde con la realidad, pues pese a estos logros, subsisten notables diferencias en el ejercicio de derechos reconocidos entre hombres y mujeres.

Si ponemos el foco en estas brechas, vemos cómo la mujer proyecta su aspiración a ocupar un puesto de trabajo retribuido, sin afectar a otras vocaciones y responsabilidades familiares, que sigue asumiendo de forma mayoritaria, especialmente en cuanto a la reproducción y a las consecuencias que de ello se derivan. Esta realidad conecta con las dificultades que surgen en el proceso de integración laboral de la mujer, pues podrían tener su significado en causas objetivas que llevara a una empresa a mostrar preferencias por incorporar a un hombre a un determinado puesto de trabajo, o por dispensar un trato discriminatorio a una empleada, por el simple hecho de estar la misma en estado de gestación.

En un estudio llevado a cabo en 2009 por la organización no gubernamental, Fundación Madrina, centrada en combatir las situaciones de riesgo de exclusión de jóvenes embarazadas, denominado *Estudio Mobbing Maternal*, se puso de manifiesto

¹ Sobre la feminización del Mercado de Trabajo vid.: MARUANI, Margaret; ROGERAT, Chantal; TORNS, Teresa. *Las nuevas fronteras de la desigualdad: Hombres y mujeres en el mercado de trabajo*. Icaria Editorial, 2000.

que en España la mitad de las mujeres embarazadas demandantes de empleo se encontraban sin trabajo².

Desde esta perspectiva, la situación de embarazo puede ser un factor sobre el cual se asiente un supuesto de discriminación por razón de sexo, como así lo entiende nuestra legislación reconociendo que “*constituye discriminación de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*” (art. 7 LOI). Ahora bien, no siempre resulta sencillo enlazar ambas circunstancias, embarazo y acción discriminatoria, dándose casos que revisten especial complejidad cuando se relaciona con un tercer elemento, como puede ser el periodo de prueba que se contempla en un contrato laboral, o la importancia que tiene el desconocimiento del embarazo de la trabajadora a la que la empresa extingue su relación laboral.

Profundizar en esta cuestión constituye la justificación del presente trabajo que tiene como finalidad, analizar por su relevancia social la extinción del contrato laboral por parte de la empresa a la trabajadora embarazada, eligiendo un diseño metodológico para su elaboración que se basa en el estudio de distintas sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente la STC 173/2013, así como en el marco normativo en nuestro propio ordenamiento jurídico, en el derecho comunitario y en la Organización Internacional del Trabajo.

² MATA, Santiago. ‘*Mobbing maternal*’: *La mitad de las embarazadas, sin trabajo*. ComfiaCCOO. (En línea). (Fecha de consulta 8 de enero de 2014). Disponible en: <http://www.comfia.net/html/12864.html>

I. Panorama normativo internacional respecto a la igualdad de género.

La igualdad de género “*supone que todas las personas de uno y otro sexo son libres de desarrollar sus capacidades y elegir sus opciones sin limitaciones impuestas por estereotipos acerca de los papeles de un sexo o del otro o de las características de los hombres y de las mujeres.*”³ En el ámbito de las relaciones laborales, “*la igualdad de género engloba la igualdad de oportunidades y de trato, la igualdad de remuneración y el acceso a entornos de trabajo sanos y seguros, la igualdad ante la sindicación y la negociación colectiva, la igualdad en materia de ascensos profesionales, protección de la maternidad y la armonización del trabajo y la vida privada de que son merecedores tanto los hombres como las mujeres*”. Esta definición de Igualdad de Género que podemos encontrar en el *ABC de los derechos de las trabajadoras y la Igualdad de género*, publicada por la Organización Internacional del trabajo, en adelante OIT, no sólo pretende garantizar un trato igualitario para el hombre y la mujer en sentido estricto, sino llegar más allá para garantizar la equidad de género en todos los aspectos sociales, laborales y de la familia.

La OIT se ha establecido como plataforma internacional para impulsar y garantizar la equidad entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales. Su propósito estaba encauzado a eliminar todo resquicio de desigualdad, para lograr la desaparición de la brecha de género existente en el mundo.

A partir de esta perspectiva la OIT ha consagrado su protección a la mujer embarazada. Así lo demuestra la evolución de los Convenios que ha producido desde 1919. El primero de ellos fue el Convenio número 3 de la OIT⁴, relativo al empleo de

³ OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2008.

⁴ OIT, Convenio 3, Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 noviembre 1919), que entró en vigor el 13 de junio de 1921. (www.ilo.org)

Art. 4. “*Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.*”

las mujeres antes y después del parto, que establecía la prohibición de despedir a las mujeres durante los periodos de gestación y descanso maternal⁵.

Posteriormente en el año 1952, el Convenio 103 de la OIT⁶, relativo a la protección de la maternidad, establecía los mecanismos protectores dirigidos a la mujer embarazada, en lo que respecta al descanso por maternidad, prestaciones, permiso por lactancia y prohibición de su despido⁷.

Este último Convenio fue revisado en el año 2000 por el Convenio 183 de la OIT⁸, continuando explícitamente con su voluntad de proteger a las mujeres trabajadoras y al estado de gestación de éstas. El preámbulo de este Convenio manifiesta de manera expresa una necesidad de continuar *“promoviendo cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño”*⁹. Este impulso hacia la igualdad de género en las relaciones laborales, invita abiertamente a una consideración especial a la realidad

⁵ Este convenio, fue ratificado por España el 4 de julio de 1923. En la actualidad son 34 los países que han ratificado este convenio.

⁶ OIT, Convenio 103, Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952), que entró en vigor el 7 de septiembre de 1955.

Art. 6. *“Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”*

⁷ Este convenio fue ratificado por España el 19 de agosto de 1965, con excepción de las personas a que se refiere el artículo 7, párrafo 1, d) *“las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio.”* En la Actualidad son 41 los países que lo han ratificado.

⁸ OIT, Convenio 183, Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000), que entró en vigor el 7 de febrero de 2002.

Art. 8.1. *“Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.”*

⁹ Preámbulo del Convenio 183 de la OIT *“Teniendo en cuenta la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad”*

singular de las mujeres, apelando a una adhesión comprensiva de auténtico compromiso entre gobiernos y la sociedad en general¹⁰.

La igualdad de género, por tanto, constituye el fin último en el que se apoya la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas. Llegados a este punto, donde el blindaje contractual de las trabajadoras en estado de gestación parece infranqueable, creemos oportuno hacer una sana reflexión sobre los efectos que puede producir en las relaciones laborales esta prohibición: ¿surte los efectos previstos?, ¿puede convertirse el embarazo en un obstáculo para el acceso al empleo de la mujer?.

¹⁰ Este convenio aún no ha sido ratificado por España. En la actualidad este Convenio ha sido ratificado por 28 países.

II. Desarrollo normativo en España dentro del marco europeo

El marco social y político que había vivido en España con anterioridad a la promulgación de la CE exigía la necesidad de crear y coordinar políticas específicas de empleo, cuya finalidad atendiera la demanda social de alcanzar el debido punto de igualdad entre hombres y mujeres. Resulta indudable que el incremento que se ha dado en el acceso al empleo de las mujeres en las últimas décadas¹¹, ha propiciado que el legislador en respuesta a las exigencias propias de dicho fenómeno social, haya adoptado una línea de clara tendencia a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral¹². Ciertamente, el nivel de ocupación de las mujeres no ha llegado a consolidar el alcanzado por los hombres¹³, pero su protagonismo en la vida familiar, no opaca la decisión vocacional de tener mayor presencia y participación en el mercado de trabajo.

Alcanzar el alto nivel de exigencia, tanto en derechos como en oportunidades efectivas en materia de igualdad de género, constituye una de las aspiraciones que con mayor legitimidad y respaldo ha justificado que en las últimas décadas haya existido un aumento considerable de la producción normativa orientada a corregir la asimetría histórica que en este aspecto concreto, una sociedad moderna demanda. Este proceso paulatino ha suscitado tal grado de aceptación, que hablar de igualdad en esta perspectiva se erige como un derecho que nadie ya cuestiona. Ahora bien, es necesario diferenciar este derecho, de la prohibición de no discriminación consagrado en el art. 14 CE, art. 4.2.c y 17 de la LET, precepto este que enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona. Así, cuando se produce un trato desigual por razón de sexo, relacionado con el embarazo o la maternidad, es el propio legislador quien en un derroche manifiesto de intolerancia ante el caso, impone con absoluto rigor, severas

¹¹ En la investigación financiada por la orden TIN/1305/2008 (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social, Fripós 2010), los responsables del estudio, VICENTE MERINO, A.M. y MARTINEZ AGUADO, A.T. en su informe “Cambios en el mercado laboral español. La incorporación de la mujer al mercado laboral: facturas determinantes a nivel geográfico, profesional y por actividades en el sistema de seguridad social”, 2010, constatan tal hecho.

¹² Tal hecho es objeto de análisis por parte de NAVARRO, Beatriz Quintanilla en su artículo “La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual”. *Cuadernos de relaciones laborales*, 2005, vol. 23, no 1, p. 095-129, donde se describe el avance que al respecto en los últimas décadas se ha dado.

¹³ De acuerdo a los datos presentados por SARRIEGUI, Mercedes; LARRAÑAGA, Miguel y ECHEBARRÍA, Carmen; en el informe titulado “Actividad laboral femenina en España e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres” publicado en la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, vol. 4, p. 65.

consecuencias jurídicas de clara intencionalidad protectora, que en aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social incluso suelen concluir en la declaración de nulidad de la acción empresarial.

Este proceso evolutivo conoce uno de sus momentos más trascendentales cuando el 6 de Noviembre de 1999, se publica en el BOE la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida familiar y laboral. Este hecho constituye todo un hito por cuanto la citada ley introduce relevantes modificaciones en la LET, justificadas por la necesidad de que hombres y mujeres estén a un mismo nivel de compromiso ante sus obligaciones familiares y laborales. Pues con buen criterio, se estima que la necesaria igualdad no puede alcanzarse actuando exclusivamente en el ámbito laboral. En las últimas décadas, la interacción entre las responsabilidades laborales y familiares ha hecho necesaria esta regulación específica, con la finalidad de atender no sólo reivindicaciones sociales que se habían convertido en clamor, creando para ello políticas de apoyo a personas con responsabilidades familiares, sino también esta regulación específica ha irrumpido poniendo su punto de mira en la necesidad de alcanzar un mayor grado de armonización también en este aspecto, con el marco regulador europeo, mediante la equiparación de las ausencias del trabajador a su puesto de trabajo, con el tratamiento que al respecto otorga la Directiva 96/34/CE¹⁴ a ciertos permisos¹⁵.

Con la introducción de esta ley y en materia de nulidad del despido de la trabajadora embarazada, se modifican los arts. 53.4b)¹⁶ y 55.5¹⁷ de la LET y el art.

¹⁴ Véase la exposición de motivos de la Ley 39/1999 que trata sobre la concordancia en materia de permisos por accidente, hospitalización y lactancia.

¹⁵ En este sentido, GÁLVEZ, N. en su publicación: La conciliación de la vida laboral y familiar como proyecto de calidad de vida desde la igualdad. *RES*, 2005, vol. 5, p. 91-107, reafirma la equiparación que supone la novedosa introducción de ciertos permisos en el ámbito de la relación laboral. En la misma línea, BRULLET, Cristina, en su artículo Cambios familiares y nuevas políticas sociales en España y Cataluña. El cuidado de la vida cotidiana a lo largo del ciclo de vida. *Educación*, 2010, vol. 45, p. 51-79, confirma el hito que supone centrar la atención en el cuidado de los hijos, reconociendo en esas labores la corresponsabilidad del hombre.

¹⁶ “La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.”

¹⁷ “Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos (...) b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de

108.2¹⁸ de la LPL, suponiendo variaciones de gran trascendencia que tienen su fin último en la intencionalidad de promover la conciliación de la vida familiar y laboral. Las nuevas redacciones presentan como característica común el establecimiento de la nulidad radical del despido cuando éste tenga como motivación alguna, causa de discriminación prohibida en la CE o en la Ley: *“Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*.

Otro hecho de suma importancia a destacar en este proceso de adaptación normativa al contexto de pretensión de igualdad ya expresado, debemos localizarlo en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que se publica en el BOE el día 23 de mayo de 2007 (en adelante LOI). La trascendencia viene justificada por la novedosa incorporación al ordenamiento jurídico español, de una regulación normativa que surge en respuesta a dos directivas europeas en esta materia: la Directiva 2002/73/CE¹⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 y la Directiva 2004/113/CE²⁰ del Consejo, de 13 de diciembre de 2004. De acuerdo a las directrices señaladas por estas dos directivas, la LOI hace constar expresamente en su exposición de motivos la necesidad de *“combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación”* y declara su intención de convertirse en *“la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres”*. Por tanto, el planteamiento de la igualdad efectiva que invoca esta Ley se realiza a través de la

suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.”

¹⁸ *“Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. (...)b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.”*

¹⁹ Modificó la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de Igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere a acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

²⁰ Por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

incorporación de una perspectiva de género en las políticas públicas²¹, ya que su aparición en nuestro sistema normativo viene justificada por el objetivo principal de erradicar las discriminaciones de género en todos los ámbitos sociales, con una consideración muy concreta a cualquier aspecto relacionado con la vida laboral, civil y política.

La LOI, manifiesta una clara delimitación reguladora cuando se dirige de forma exclusiva a las cuestiones de género, ámbito al que dedica toda su atención, al tiempo que parece desentenderse del resto de las causas de discriminación enumeradas en el artículo 14 de la CE, como son la raza, la religión, la opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal.

Pero es en el marco de las relaciones laborales -porque la LOI va más allá de las cuestiones relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral- donde el legislador desarrolla con mayor vehemencia su configuración normativa pro equidad, promoviendo de forma específica políticas de igualdad en las empresas y en la negociación colectiva, a través del establecimiento de “*medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres*” (art. 43 LOI). Estas medidas tienen el objetivo de crear un compromiso social para el desarrollo de la igualdad de oportunidades y de trato, y además para la eliminación de la segregación vertical y horizontal en el empleo, a través de la implantación y elaboración en las empresas de planes específicos de igualdad²².

²¹ LÓPEZ, Julia López. Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de «Gender Mainstreaming» y «Empowerment». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2007, no 2, p. 53-67.

²² En Canarias, La Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad a través del Instituto Canario de Igualdad (ICI), en el año 2010 se creó la “*Guía para la elaboración e Implantación de Planes de Igualdad en las Empresas*”, bajo la coordinación y supervisión del Servicio de Planificación y Programas.

III. La STC 173/2013, de 10 de octubre.

El pasado 22 de octubre de 2013 se produce un hecho de honda repercusión mediática que no pasa desapercibido para el interés general: la nota informativa nº 64/2013 del TC inunda los medios de información²³ a nivel nacional. El eco de la noticia viene motivado porque la referida nota presenta la casuística que relaciona trabajadora embarazada y el periodo de prueba contemplado en la relación contractual. El titular resumía a la perfección el contenido de la sentencia: *“El TC establece que la protección a las trabajadoras embarazadas frente al despido no puede extenderse al periodo de prueba”*. Es decir, cabe la extinción de la relación laboral en el periodo de prueba, sin que los mecanismos legales de protección que se consideran para trabajadoras embarazadas, puedan prevalecer.

1. Antecedentes

En el caso que se plantea, La demandante, doña Nuria Sedeño Ortiz, quien se encuentra en ese momento en estado de gestación de 10 semanas, fue contratada como comercial por la empresa Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., el 24 de junio de 2009. La relación laboral se materializa mediante un contrato de duración determinada inicialmente pactada por seis meses. El 4 de agosto de 2009 y dentro del periodo de prueba de dos meses estipulado en el contrato, la empresa comunica a la trabajadora la extinción de su contrato por no haber superado dicho periodo de prueba (no haber alcanzado los objetivos de ventas previstos en el contrato). Al mismo tiempo y aduciendo idénticas razones, la empresa procede a la extinción de la relación laboral de un hombre, que había sido contratado en semejantes condiciones que la demandante en amparo.

²³ Véase entre otras las páginas web: www.expansion.com (en línea). (Fecha de consulta 10 de abril de 2014). Disponible en Internet en: <http://www.expansion.com/2013/10/22/juridico/1382435778.html>. www.abc.es (en línea). (Fecha de consulta: 14 de abril de 2014). Disponible en Internet en: <http://www.abc.es/sociedad/20131022/abci-extincion-contrato-embarazada-prueba-201310221151.html>, www.europapress.es (en línea). (Fecha de consulta: 05 de mayo de 2014). Disponible en Internet en: <http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-economia-laboral-tc-dice-proteccion-embarazadas-frente-despido-no-extensible-periodos-prueba-20131022112652.html>

La trabajadora interpuso reclamación contra el despido²⁴ por considerar que la decisión de la empresa, realmente respondía a su estado de gestación y entendiéndose por tanto que era víctima de un trato discriminatorio por tal razón. Tanto el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid como la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se pronunciaron desestimando la demanda al no quedar suficientemente probado por la parte actora que la empresa conociera su embarazo, ante lo cual no puede imputársele a la misma responsabilidad discriminatoria alguna, quedando por tanto ratificada y ajustada a derecho la extinción de la relación laboral promovida por la empresa.

En el posterior recurso de casación para la unificación de doctrina, la demandante alude a la doctrina sentada por la STC 92/2008 (objeto de análisis posterior), pero el Tribunal Supremo desestima las pretensiones de la demanda por entender que la doctrina aplicable *“era la contenida en la sentencia recurrida y no en la de contraste (...) La Sentencia considera que el problema planteado debe ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba (art. 14 LET) la regla sobre nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el art. 55.5b) de la LET (...) dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba. (...). La extinción del contrato de trabajo será nula (...) si se produce con vulneración de los derechos fundamentales (...) entiende la Sala que en presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que (...) resulta que en la misma fecha de extinción (...) se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas (...) lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva.”*

La demandante en amparo reclama la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y fundamenta su razonamiento en las doctrinas sentadas por las SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009 de 18 de mayo, aludiendo a una errónea

²⁴ La parte actora habla de *“despido”* y no de *“cese en periodo de prueba”*, haciendo una interpretación extensiva del art. 55.5b) LET, ya no alude a las causas alegadas por la empresa, que argumentaba que no había superado las expectativas de ventas.

interpretación del art. 55.5 b) de la LET ya que entiende que *“la nulidad objetiva de la trabajadora embarazada es extensible a los supuestos de extinción del contrato durante el periodo de prueba.”*

A la empresa interesaba la denegación del amparo argumentando de una parte el desconocimiento absoluto del embarazo de la trabajadora y de otra que la extinción de la relación contractual del otro trabajador se llevó a cabo en idénticas circunstancias, ante lo cual alegó que no cabe considerar conducta discriminatoria posible.

El Ministerio Fiscal se ratifica la sentencia del Tribunal Supremo, según la doctrina de las SSTC 92/2008 y 124/2009, que establece *“que en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas debe diferenciarse si la decisión empresarial responde precisamente al embarazo (en cuyo caso sí cabe hablar de móvil discriminatorio) o si la decisión extintiva meramente coincide en el tiempo con el estado de gestación de la empleada, sin que tal circunstancia sea conocida por el empresario. Si se trata del primero de los supuestos, la nulidad radical del despido procede directamente de la quiebra del art. 14 CE (...) si se trata del segundo supuesto el despido ha de ser declarado nulo en virtud del sistema de tutela objetiva introducido por la Ley 39/2009 [art. 55.5 b) LET]”*

El Ministerio Fiscal aclara que el desconocimiento del embarazo de la trabajadora por parte de la empresa sitúa el caso fuera del ámbito regulador del art. 55.5b) de la LET, ya que el desistimiento empresarial en periodo de prueba se contempla en el art. 14 de la LET y tiene diferente naturaleza jurídica

2. Fundamentos Jurídicos

EL TC hace un análisis exhaustivo de la doctrina sentada por las SSTC 92/2008 y 124/2009, en las que otorgó el amparo solicitado, sobre la tutela judicial efectiva, de acuerdo al art. 24.1 CE, y *“estimó que la falta de conocimiento del embarazo por la empresa impide apreciar la existencia de indicios de discriminación (...). El precepto legal aplicado –el art. 55.5.b) LET (...) establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (...) y nada (...) permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una*

trabajadora, la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado.”²⁵

De acuerdo a la doctrina señalada, el TC niega para el caso de la STC 173/2013 que haya habido una desatención en los procesos judiciales precedentes, por considerar que nos encontramos ante una situación “*sustancialmente diferente (...) dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en periodo de prueba*”. Nos encontraríamos entonces ante un análisis sobre la vulneración del art. 14 CE, sobre el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. En este caso en particular, el TC repasa los dictámenes precedentes y con mayor exhaustividad la sentencia 2893-2010 de unificación de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación a la “*protección reforzada*” prevista en el art. 55.5.b) LET, y la posibilidad de extensión análoga a supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Evidencia que para el despido son exigibles requisitos de forma, y no así para las extinciones en periodo de prueba, que pueden llevarse a cabo de manera libre y sin ningún requisito de formalidad, con excepción indudable de aquellas que produzcan “*resultados inconstitucionales*”²⁶.

La STC 173/2013 que deniega el amparo expone que la recurrente ha incurrido en una insuficiencia de aportación de “*indicios racionales de discriminación por motivo de su embarazo, toda vez que ni siquiera resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación*”, lo que excluiría la posibilidad de una inversión de la carga de la prueba. A modo de conclusión, El TC afirma que todas las sentencias impugnadas, y en concreto la dictada por la Sala de lo Social del TS, son acordes con la doctrina constitucional.

3. Votos particulares

La decisión contenida en la ST fue llevada a Pleno en Recurso número 3773-2011. La dificultades para la determinación final del TC, necesitó de la presencia de la

²⁵ STC 173/2013, de 10 de octubre, Fundamento Jurídico Núm. 3

²⁶ STC 173/2013, de 10 de octubre, Fundamento Jurídico Núm. 4.

totalidad de sus componentes. Como bien señala José Luis Escudero Alonso²⁷, magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, normalmente los recursos de amparo se resuelven con la reunión de una de las dos salas del TC; sin embargo, la trascendencia constitucional de este caso, precisó de sus doce magistrados. La sentencia se cierra con dos votos particulares.

El voto particular del magistrado Don Andrés Ollero Tassara expresa su total acuerdo con el fallo emitido, al considerar que la especial protección a las trabajadoras embarazadas es “*una opción legítima del legislador*” que “*no deriva de una exigencia constitucional*”. Sin embargo, critica la atención casi en exclusiva de los fundamentos jurídicos de la sentencia sobre la interpretación extensiva del art. 55.5b) LET, de acuerdo a la redacción dada por la Ley 39/1999. El magistrado suscita la inquietud sobre la posibilidad de que haya pesado en exceso la carga probatoria, no sobre la empresa sino sobre la trabajadora, cuestionando qué tipo de indicios de discriminación por razón de su embarazo debe aportar ésta o, bien si el estado de gestación pudiera ser considerando un indicio suficiente, para se produzca la inversión del *onus probandi*.

El magistrado Don Fernando Valdés Dal-Re, también emitió un voto particular al cual se adhirieron la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los magistrados Don Luis I. Ortega Álvarez y Don Juan Antonio Xiol Ríos. Este voto es discrepante con la denegación del amparo tomado de manera mayoritaria por ocho de los doce miembros del TC. El razonamiento de este voto particular mantiene que se debió admitir el amparo solicitado, porque la específica protección de las trabajadoras en estado de gestación resulta necesariamente del artículo 14 de la CE, hecho que prohibiría pender este mandato constitucional a las circunstancias contractuales: “*el régimen tuitivo previsto en el ET en caso de despido de embarazos (...) es un imperativo constitucional*”. Los pronunciamientos del TC en las SSTC 92/2008 y 124/2009 diferencian entre tutela intencional y tutela objetiva: la primera amparada por el art. 14 CE y la segunda refugiada en una especie de contenido adicional del mismo. Desde esta descripción de contenido adicional, “*el embarazo goza, por decisión del legislador y a pesar del desconocimiento empresarial, de una protección antidiscriminatoria automática y objetiva frente a la extinción en los supuestos del art. 55 ET; pero sólo en*

²⁷ ESCUDERO ALONSO, L.J. (2013) Embarazo y extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. *Comentario de Jurisprudencia social*. Disponible en: www.graduado-social.com.

ellos. Por consiguiente dicha protección no beneficia a los restantes supuestos extintivos reconducibles (...) al art. 14 ET, al no haberse consumado esa misma opción de política legislativa: la consagración del contenido adicional del art. 14 CE.”. Por tanto, afirma el magistrado, el legislador en su redacción del art. 55 del ET ha dejado “extramuros” limitando la protección de las trabajadoras embarazadas sólo en los casos de despidos y no a las extinciones en periodo de prueba. En consecuencia “los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el periodo de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE.” La sentencia da “una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral”, una lógica que según el magistrado carece de fundamento constitucional.

IV. El conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora.

A la vista de la sentencia analizada, queda claro que el conocimiento o desconocimiento empresarial sobre el estado de gestación de una trabajadora, resulta determinante para establecer la concurrencia de indicios discriminatorios en la decisión extintiva de la relación laboral entre ambas partes. La discusión doctrinal no está exenta de polémica y la doctrina del TC ha ido evolucionando de manera reveladora. No en vano, condicionar el ejercicio pleno de un derecho tuitivo, consagrado en el ordenamiento jurídico, a un hecho circunstancial que podría revelarse menor, cual es el caso de que la empresa tenga conocimiento o no de que la trabajadora se encuentre en estado de gestación, es algo que ante la exigencia social de dar respuestas a estas cuestiones, ha obligado al Alto Tribunal a pronunciarse al respecto.

1. Aspectos normativos y sociales

Más allá del cumplimiento del principio de transversalidad de género, como estrategia prioritaria y de necesaria consideración para lograr la igualdad de oportunidades, además de la universalidad de la dimensión objetiva del principio de igualdad, debemos tener en cuenta la existencia de otros factores que podrían condicionar la decisión por parte de una trabajadora embarazada de comunicar al empresario su embarazo.

En el análisis casuístico de esta cuestión debemos considerar En primer lugar, la protección a la maternidad establecida en el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales²⁸ que impone al empresario la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para proteger a aquellas trabajadoras que estén embarazadas o en periodo de lactancia. La evaluación de los riesgos que pudieran acaecer en el desarrollo de la actividad laboral de las trabajadoras gestantes, debe asegurar que no existen elementos que tengan la consideración de riesgo que pudiera afectar negativamente a su salud y al feto, durante el embarazo, e incluso al bebé ya en periodo de lactancia. En este sentido, La STC 62/2007 de 27 de marzo de 2007, otorgó el amparo a una trabajadora, conforme al ámbito de protección que se

²⁸ La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, traspuso al Derecho Español la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 8 de Junio de 1999.

establece en el art. 15 CE, sobre el derecho a la integridad física, afirmando que “*una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental*”²⁹

Por tanto, en un caso en el que la trabajadora no comunicase a la empresa que está embarazada, ni tampoco fuera evidente a simple vista su estado de gestación, podría permitir encontrarnos ante una situación de riesgo para su salud y la de su feto, cuya responsabilidad evidentemente no se podría justificar con una falta del empresario a los deberes que al respecto se le exigen, y por tanto no resultaría imputable al mismo.

En segundo lugar, el efecto condicionante que tiene la constancia o no del empleador sobre el estado de gestación de una trabajadora en cuanto a la consiguiente declaración de nulidad de su despido. Sobre este aspecto la normativa comunitaria es muy clara: la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas está sujeta necesariamente a la comunicación del embarazo de la trabajadora al empresario. Ello se desprende de la definición de trabajadora embarazada que da el art. 2.a) de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992: “*cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”. Queda claro con mención expresa, de la determinación que en este contexto tiene para el derecho comunitario, que la trabajadora lleve a cabo oportunamente la comunicación a la empresa de su situación de embarazo.

En cambio, en la redacción de nuestro derecho interno no se hace mención explícita a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo de la trabajadora. Pudiéndose desprender por ello la falta de vinculación existente entre la comunicación de una situación de embarazo, y los derechos observables a favor de la trabajadora ante tal situación. Esta falta de especificación en la constancia del embarazo por parte del empresario, ha tenido diversas interpretaciones doctrinales, en cuanto a la aplicabilidad automática de la nulidad objetiva o a la necesaria constatación del conocimiento del embarazo por parte del empresario. Sin embargo esta condición podría constituir un claro supuesto de *probatio diabólica*. A tal circunstancia parece mantenerse ajeno el TC

²⁹ STC 62/2007 de 27 de marzo de 2007, Fundamento Jurídico Núm. 3.

cuando impone la exigencia de que la trabajadora pruebe fehacientemente que el empresario conocía su estado de gestación, no siendo obligatorio que ello se lleve a cabo pues desvirtuaría su derecho a la intimidad y dignidad personal³⁰.

2. La Jurisprudencia Constitucional

En la STC 175/2005, de 04 de julio, la trabajadora de una Clínica demanda a su empresa tras una casi interminable lista de sucesión de contratos temporales. La trabajadora quedó embarazada y la empresa entró en conocimiento del embarazo y no volvió a contratarla³¹. La trabajadora recurrente en amparo dirigía su queja contra el Juzgado de lo Social nº3 de Santander y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, reclamando el carácter indefinido de su relación laboral y por consiguiente una vulneración del derecho de igualdad, en relación al resto de trabajadoras de la Unión Europea, que habían podido acogerse a la Directiva 92/85/CEE³², de acuerdo a la Doctrina sentada por la sentencia CC-438-99 del TSJ de las Comunidades Europeas, sobre aplicabilidad directa la citada Directiva³³.

La STC 175/2005 concede el amparo basándose en el conocimiento que tenía el empresario sobre la situación de embarazo de la trabajadora, provocando una discriminación por razón de sexo “*su exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, de acuerdo a su anterior STC 166/1998*”³⁴ (que veremos con mayor detalle más adelante). Por tanto la nulidad del despido fue indiscutible para la Sala, al existir

³⁰ CAIROS BARRETO, Dulce. La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada. Relaciones Laborales, 2008, nº 22, Sección Comentarios de jurisprudencia, quincena del 23 de Noviembre al 8 de Diciembre de 2008, Año XXIV, pág. 667, tomo 2, Editorial La Ley.

³¹ El cese de la trabajadora se produjo el 30/10/1999, sólo una semana antes de la entrada en vigor de la Ley 39/1999 que modificaba el art. 55.5 de la LET y muy probablemente, el fallo del Juzgado de lo Social nº3 de Santander hubiese sido muy distinto, despido nulo.

³² ORELLANA CANO, Ana María. Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, no 37, p. 61-99.

³³ El TC en este caso en concreto no entrará en la aplicabilidad de la normativa comunitaria, por estimar indicios suficientes de discriminación en el primero de los motivos alegados por la trabajadora.

³⁴ STC 175/2005, de 04 de julio, Fundamento Jurídico Núm. 3

indicios razonables de discriminación, y además una “denegación de acceso al empleo de carácter indefinido y/o la novación de su contratación temporal en contratación indefinida”.

Otro caso bien diferente fue el de la STC 41/2002, de 25 de febrero, donde la constancia expresa en los hechos probados que la empresa desconocía la situación de gravidez de la trabajadora, imposibilitó atribuir una transgresión de la prohibición de no discriminación sobre la decisión extintiva empresarial.

Más notable fue la ya citada STC 92/2008, de 21 de julio, donde no había quedado acreditado que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora cuando ésta fue despedida. Dice el TC que su doctrina “*ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental*”³⁵, pero en el caso de la STC 92/2008, ni constaba tal conocimiento ni existían indicios de ello. Por tanto, en el fallo no se consideró vulnerado el art. 14 CE, al no haber quedado probado que existía conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, pero sí se consideró vulnerado el art. 24.1 CE, sobre tutela judicial efectiva, al entender que en las sentencias recurridas se había exigido erróneamente “*la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, requisito que no figura en el precepto legal, el cual, por tanto, habría sido aplicado de manera arbitraria por los órganos judiciales*”³⁶. Esta doctrina es reiterada en la STC 124/2009, de 18 de mayo.

Ahora bien, en el caso particular de la STC 173/2013, en cuanto la trascendencia que se le da a la constancia por parte del empleador de la situación de embarazo de la trabajadora, si comparamos lo que ha sucedido en las sentencias que acabamos de esbozar con la sentencia que ha inspirado este trabajo, debemos reflexionar sobre una serie de aspectos:

Sabemos que la trabajadora cuando fue contratada se encontraba embarazada de diez semanas. El hecho de que el embarazo estuviera en su fase inicial, impedía que éste

³⁵ STC 92/2008 de 21 de julio, Fundamento Jurídico Núm. 4.

³⁶ STC 92/2008 de 21 de julio, Fundamento Jurídico Núm. 5.

fuera advertido a simple vista, y además la trabajadora no comunicó su estado de embarazo a la empresa. Esta situación de desconocimiento empresarial podría por sí misma, conformar un panorama de insuficiencia indiciaria de discriminación, limitando con ello un desplazamiento de *onus probandi*.

Como se describe en el voto particular concurrente del magistrado Don Andrés Ollero Tasara, pudo pesar sobre la trabajadora una excesiva responsabilidad de carga probatoria que le permitiera conformar el escenario adecuado para que se efectuara la inversión de la carga de la prueba. El magistrado reflexiona sobre qué tipo de indicios cabe esperar que debe aportar la trabajadora, para observar una posible actuación discriminatoria. En otras palabras, qué pruebas debió ofrecer para desplazar la carga de la prueba. Todo sugiere en base a los fundamentos que se esgrimen en este voto particular, que la parte actora debe acreditar indicios que pudieran sostener de forma razonable, la sospecha de una posible actuación discriminatoria. Ciertamente no podemos acusar a una empresa de discriminación por la mera decisión de concluir mediante extinción la relación laboral con una trabajadora embarazada, ya que ello podría incluso generar un efecto no deseado, de mayores consecuencias que el mal que se desea evitar, toda vez que podría ocurrir que el empresario, temeroso del posible embarazo no advertido de cualquier candidata, sencillamente optase por no contratar mujeres, lo que abriría la puerta a un conflicto de mayores consecuencias que no es objeto de estudio en este trabajo.

La inquietud manifestada por este magistrado, lleva necesariamente a reflexionar sobre qué tipo de indicios objetivos quedan al alcance de la trabajadora embarazada, en la defensa de una posible conducta discriminatoria de la empresa, más allá de vincular ésta, al conocimiento manifestado de su estado. Tal cuestión es abordada por el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re en la formulación de su voto particular disidente en la misma sentencia, cuando se pregunta “¿Cuál es el soporte que consentiría el que esas peculiaridades de la prueba pudieran habilitar un distinto y menos intenso régimen de tutela antidiscriminatoria?”. Porque como este magistrado observa, el marco legislativo dispone para la mujer embarazada de una menor protección en el periodo de prueba, lo que a la postre no deja de ser contradictorio con la aspiración de proporcionar a la mujer en estado de gestación una protección especial.

Pues la vulneración de un derecho debe significarse por una lesión objetiva más allá de la intencionalidad que la acción pudiera significar.

V. Desistimiento empresarial en periodo de prueba

En este último apartado del trabajo, se pretende abordar las SSTC 94/1984, de 16 de octubre y la 166/1988, de 26 de septiembre. Ambas han sido citadas nuevamente por el TC en los fundamentos jurídicos de la STC 173/2013, ya que ambas extinciones contractuales estaban referidas en cuanto al caso planteado al periodo de prueba. Seguidamente compararemos esta doctrina del TC con la STC 173/2013.

En el supuesto enjuiciado en la STC 94/1984, se relataba el caso de una trabajadora de la Policlínica de Vigo, que fue cesada en su puesto de trabajo, en justificación a no haber superado el periodo de prueba convenido en su contrato laboral. Esta extinción, se produjo después de una baja por incapacidad temporal derivada de una amenaza de aborto. En primera instancia, la Magistratura de Trabajo número 2 de Vigo, declara la nulidad del despido por considerar discriminatorio el acto extintivo. La parte empleadora en su recurso aporta como prueba documental un informe de la directora del centro que cuestionaba la capacitación profesional de la actora en el desempeño de las funciones laborales propias de su puesto de trabajo. El Tribunal Central de Trabajo estima el recurso de la empresa y dice que no puede hablarse de acto discriminatorio, sino de ejercicio del derecho por parte de la empresa que le otorga el art. 14.2 LET, que establece la extinción de la relación laboral por no superación del periodo de prueba. La trabajadora solicita el amparo por existir discriminación por su embarazo, ya que considera que con tan sólo 7 días de trabajo efectivo no es suficiente para valorar con objetividad su aptitud para el desempeño de su puesto. En la Intervención del Ministerio Fiscal, se insiste en la determinación de la causa exacta de la extinción de la relación laboral, porque no queda claro si fueron razones laborales o una auténtica vulneración del art. 14 CE. En fallo del TC, se argumenta que la decisión de la empresa puede interpretarse como una advertencia para las demás trabajadoras en periodo de prueba, para que eviten quedar embarazadas si desean conservar su puesto de trabajo, lo que evidentemente resulta contrario al derecho fundamental de no discriminación. A pesar de lo expuesto, el TC considera que la empresa ha acreditado la inexistencia de discriminación, porque contrataba habitualmente a mujeres y porque la extinción en este caso se produjo cuando la actora ya no estaba embarazada.

Precisamente es en esta sentencia donde por primera vez el TC hace mención a su posicionamiento sobre la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo

durante el periodo de prueba, afirmando que “*pronunciarse sobre el significado jurídico de la resolución del contrato de trabajo en el periodo de prueba, el modo de proceder a la misma o las causas que la justifican no compete a este Tribunal*”³⁷, siempre sus efectos no vulneren la Constitución.

La segunda sentencia que se cita es la STC 166/1988³⁸ de 26 de septiembre de 1988. En ella se relataba el caso de una trabajadora auxiliar de clínica del Instituto Nacional de Salud, mediante un contrato de interinidad por sustitución de vacaciones. Curiosamente la empresa envía a la actora a desempeñar su labor profesional en el departamento de diálisis, cuando la trabajadora sustituida pertenecía al departamento de cirugía. Con posterioridad, la demandante en amparo comunica a la empresa que había quedado embarazada y solicita su traslado a otra sección. Una semana más tarde, la trabajadora es cesada por no haber superado el periodo de prueba. En primera Instancia, se declara el despido nulo. La Magistratura de Trabajo nº 9 de Madrid, cita el fundamento jurídico nº3 in fine de la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que expresaba literalmente “*Un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral*”. Es por ello que no había quedado debidamente probado que el empleador hubiera hecho lo posible por reubicar a la trabajadora en otra sección; insistiendo además, en que el periodo de prueba no escuda al contratante ante una vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, el Tribunal Central de Trabajo, estima el recurso del INSALUD anulando la sentencia inicial. En los antecedentes de esta sentencia, el TC hace especial hincapié en el análisis realizado por el Tribunal Central de Trabajo, en relación a que la parte contratante no había acreditado la existencia de una vacante en una sección distinta para ubicar a la trabajadora. En este comportamiento del empleador no cabría apreciar una actitud discriminatoria, dice el TC, sino al contrario un adecuado uso de la facultad resolutoria consagrada en el art. 14 LET. La posición del Fiscal, considera que no ha quedado probado que la trabajadora no superase el periodo de prueba, ya que no pudo

³⁷ STC 94/1984 de 16 de octubre, Fundamento Jurídico Núm. 3. Esta doctrina es reiterada en la STC 166/1988, Fundamento Jurídico Núm. 4.

³⁸ Recordemos que la doctrina constitucional establecida en esta sentencia fue citada también por el magistrado Don Fernando Valdés Dal-Re en su voto particular disidente a la STC 173/2013, de 10 de octubre.

ocupar la sección de cirugía, para la cual fue contratada y tampoco se ha logrado probar que el despido no haya sido una consecuencia de su estado de embarazo. Es por ello, que en base a los indicios probados por la actora y expuestos por el Fiscal, la otorgación del amparo se sustenta en su propia doctrina constitucional del desplazamiento del *onus probandi*³⁹.

Como hemos podido comprobar, la doctrina sentada en estas dos sentencias, a pesar de tener resultados distintos para las recurrentes, pone de manifiesto claramente, la existencia de un vacío en la protección de las mujeres embarazadas en cuanto a que no se entra a enjuiciar el momento en el que se encontraba la relación laboral, en este caso el periodo de prueba.

En el caso de la STC 173/2013, la preocupación a dilucidar es si realmente hubo causas que justificaron el incumplimiento de objetivos de ventas establecidos en el contrato, que llevaron a la empresa a extinguir la relación laboral, si bien, como manifestaba el magistrado Don Fernando Valdés Del-Ré en su voto particular “*su cómputo se realiza teniendo en cuenta únicamente lo conseguido en el primero de los dos meses del periodo de prueba*”. Sin embargo, en palabras del magistrado del TSJ de Galicia, Don José Fernando Lousada Arochena, no podríamos encontrarnos ante una “*desnaturalización de la institución del desistimiento del periodo de prueba*”⁴⁰, ya que el Art. 14 LET establece una obligación de comprobación que declararían nula en determinados supuestos la decisión extintiva. En este sentido nos referimos a la exigencia de que el empleador debe acreditar suficientemente los hechos que justifican su decisión extintiva, “*un deber de experimentación*”, que no opaca circunstancias posibles como que el trabajador hubiera desempeñado idénticas funciones en un puesto de trabajo similar. Así lo establece el art. 14.1 Párrafo 4º LET, que cita textualmente: “*Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación*”.

³⁹ LALLANA, María del Carmen Ortiz. Nulidad del despido de una trabajadora embarazada. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2000, no 3, p. 23-27.

⁴⁰ AROCHENA, José Fernando Lousada. Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba. *Revista de derecho social*, 2013, no 63, p. 143-154.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto podríamos afirmar que la doctrina del TC ha hecho una interpretación restrictiva de la prohibición del despido de las trabajadoras en estado de gestación limitando su contenido a las extinciones contenidas en el art. 55.5.b) LET, dejando a un lado la tutela antidiscriminatoria consagrada en el art. 14 CE. Es en este punto concreto donde cabe distinguir una brecha en la tutela del derecho constitucional a la Igualdad, en tanto que podemos afirmar que una simple cuestión temporal pudo producir un resultado totalmente distinto al acaecido. O expresado de otra manera, si a la trabajadora embarazada la hubiesen cesado diecinueve días más tarde, este procedimiento no habría llegado al TC, porque la extinción de la relación laboral sería nula de acuerdo al art. 55.5.b) LET.

Conclusiones

La redacción inicial del artículo 55.5.b) LET no resolvía las dudas que generaba el despido de una mujer embarazada, la evolución de la doctrina constitucional ante esta cuestión podemos presentarla en las siguientes fases cronológicas:

PRIMERA. Divergencias interpretativas. Pese a que el citado artículo establece que el despido de una mujer embarazada es nulo de pleno derecho, su interpretación ha generado gran confusión en la materia. El mecanismo legal para evitar la discriminación de sexo consagrada en el Art. 14 CE puede no haber surtido los efectos deseados y a ello precisamente no ha ayudado la doctrina sentada en su aplicación. La discusión queda abierta cuando se vincula la medida protectora con el conocimiento del empresario sobre la situación de embarazo de la mujer, pues a la concurrencia de tal factor queda sujeta la consideración de discriminación.

El conflicto surge de la interpretación de un lado de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que de forma tajante zanja la cuestión decretando “*nula la decisión extintiva o despido motivado, entre otros, por el embarazo*”. En este contexto la expresión “*despido motivado*” llevó a pensar en la necesidad de que el empresario debía tener conocimiento del embarazo para que el despido fuera declarado nulo, interpretación ésta que de otra parte, se ve reforzada por la Directiva Comunitaria 92/85/CCE del Consejo que define a la mujer embarazada condicionando el estado a su comunicación al empresario.

De tales circunstancias se desprende que un embarazo no comunicado era suficiente para desacreditar cualquier actitud discriminatoria de la empresa hacia la trabajadora. Esta línea interpretativa es confirmada con la sentencia de la Sala 4ª de lo Social del TS, nº de recurso 387/2005, que no ve indicios de acción discriminatoria por el mero hecho de que la actora no acredita que la empresa tuviese conocimiento de su embarazo.

SEGUNDA. Resolución del conflicto interpretativo. Sin embargo en 2008 una sentencia del TC supone un giro brusco en esta línea, por entender que el artículo 55.5.b) LET no expresa que para que proceda la declaración de nulidad, sea necesario

que el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora y cuestionando además la Directiva comunitaria por cuanto en los términos propuestos podría superar los niveles mínimos de protección a los que tiene derecho la trabajadora. Esta vía abre la posibilidad de considerar una nulidad objetiva distinta a la declarada por discriminación y que actúa más allá de que haya o no trato discriminatorio.

Esto focaliza el debate en si el despido se produce por no superar el periodo de prueba o la no renovación de un contrato temporal, casos estos en los que sí es necesario probar que la empresa actuó con móvil discriminatorio. Se puede concluir afirmando que ante un posible despido de una mujer embarazada, lo conozca o no el empresario, cabe distinguir dos situaciones distintas:

- Declaración de nulidad, lo que supone que la trabajadora queda reintegrada a su puesto de trabajo y se le debe abonar los salarios dejados de percibir; o
- Declaración de procedencia (obviamente si la trabajadora comete falta a sus deberes, podría ser despedida precedentemente)

TERCERA. El periodo de prueba, una excepción. Ahora bien, afirmar rotundamente que la nueva doctrina del TC (referente a la extensión de la nulidad objetiva durante el periodo de prueba) garantice el derecho a la igualdad, puede resultar una temeridad. Ya que las circunstancias personales de una mujer embarazada en situación de desempleo, como ha quedado constatado en este trabajo, dificultan seriamente el acceso al mercado laboral. Afirmación que adquiere consistencia si establecemos un nexo comparativo con un hombre que en idénticas circunstancias de desempleo, siempre tiene ventaja con respecto a la mujer.

Así es que la tutela que establece nuestro cuadro normativo interno, acusa un vacío que ha dejado desprotegidas a las trabajadoras en estado de gestación durante el inicio de la relación contractual, precisamente en la fase donde la precariedad adquiere su más alta significación. El periodo de prueba se ha convertido en la franja divisoria que delimita la zona en la que el derecho a la no discriminación pierde operatividad en la práctica real. Esta posibilidad de desistimiento empresarial solo puede calificarse como una fisura en las políticas de igualdad y no discriminación, en concreto en cuanto a la protección de las mujeres en estado de gestación se refiere. Dicha apreciación se sostiene porque incluso ante sospecha de discriminación por razón de sexo, no procede

invocar la protección establecida legalmente para las trabajadoras que están embarazadas si estas tienen su contrato laboral en periodo de prueba.

Por tanto, en la STC 173/2013 no estamos ante un problema de errónea interpretación de una norma, sino ante un contexto donde este criterio trata de manera desigual a dos mujeres embarazadas, simplemente teniendo en cuenta la franja temporal en la que se encuentra su relación laboral con respecto al empleador. En consecuencia, nos encontraríamos ante una posible cuestión de inconstitucionalidad de la norma aplicada, por la vulneración del art. 14 CE, en este caso la redacción dada al art. 55.5 b) LET por la Ley 39/1999 y su no extensión al art. 14 LET.

Bibliografía

AROCHENA, José Fernando Lousada. Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba. *Revista de derecho social*, 2013, no 63, p. 143-154.

BRULLET, Cristina. Cambios familiares y nuevas políticas sociales en España y Cataluña. El cuidado de la vida cotidiana a lo largo del ciclo de vida. *Educación*, 2010, vol. 45, p. 51-79.

CAIROS BARRETO, Dulce. La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada. *Relaciones Laborales*, 2008, nº 22, Sección Comentarios de jurisprudencia, quincena del 23 de Noviembre al 8 de Diciembre de 2008, Año XXIV, pág. 667, tomo 2, Editorial La Ley.

ESCUADERO ALONSO, L.J. (2013) Embarazo y extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. *Comentario de Jurisprudencia social*. Disponible en: www.graduado-social.com.

GÁLVEZ, N. La conciliación de la vida laboral y familiar como proyecto de calidad de vida desde la igualdad. *RES*, 2005, vol. 5, p. 91-107.

LALLANA, María del Carmen Ortiz. Nulidad del despido de una trabajadora embarazada. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2000, no 3, p. 23-27.

LÓPEZ, Julia López. Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de «Gender Mainstreaming» y «Empowerment». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2007, no 2, p. 53-67.

MARUANI, Margaret; ROGERAT, Chantal; TORNS, Teresa. *Las nuevas fronteras de la desigualdad: Hombres y mujeres en el mercado de trabajo*. Icaria Editorial, 2000.

MATA, Santiago. 'Mobbing maternal': La mitad de las embarazadas, sin trabajo. ComfiaCCOO. (En línea). (Fecha de consulta 8 de enero de 2014). Disponible en: <http://www.comfia.net/html/12864.html>

NAVARRO, Beatriz Quintanilla. La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual. *Cuadernos de relaciones laborales*, 2005, vol. 23, no 1, p. 095-129.

ORELLANA CANO, Ana María. Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, no 37, p. 61-99.

SARRIEGUI, Mercedes Larrañaga; MIGUEL, CARMEN ECHEBARRÍA. Actividad laboral femenina en España e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, vol. 4, p. 65.

VICENTE MERINO, A.M.; MARTINEZ AGUADO, A.T. Cambios en el mercado laboral español. La incorporación de la mujer al mercado laboral: facturas determinantes a nivel geográfico, profesional y por actividades en el sistema de seguridad social, 2010, *Investigación financiada mediante subvención de acuerdo con la Orden TIN /1305/2008* (Subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS- 2010).

Recopilación Normativa

Constitución Española

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002

Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992

Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

OIT, Convenio 103, Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952), que entró en vigor el 7 de septiembre de 1955.

OIT, Convenio 183, Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000), que entró en vigor el 7 de febrero de 2002.

OIT, Convenio 3, Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 noviembre 1919), que entró en vigor el 13 de junio de 1921. (www.ilo.org).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Relación de Jurisprudencia del TC

STC 38/1981, de 23 de noviembre

STC 94/1984, de 16 de octubre

STC 166/1998, de 26 de septiembre

STC 41/2002, de 25 de febrero

STC 175/2005, de 4 de julio

STC 62/2007, de 27 de marzo

STC 92/2008, de 21 de julio

STC 124/2009, de 18 de mayo

STC 173/2013, de 10 de octubre

Abreviaturas

art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LOI	Ley Orgánica de Igualdad
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia