



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/ 2017
Convocatoria: Junio

LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO FRENTE AL DESPIDO DISCIPLINARIO

The protection of the pregnancy situation against
disciplinary dismissal

Realizado por la alumna D. Nicole Hernández González

Tutorizado por la Profesora D. Margarita Isabel Ramos Quintana

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

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

ABSTRACT

This TFG will analyze the protection that our legal system provides for the pregnancy situation and maternity of working women. Pregnancy and maternity are considered as part of the fundamental rights to equality and non-discrimination on the basis of gender, regulated in international standards and in the Spanish Constitution.

The work will focus, mainly, in the protection of the situation of pregnancy against the disciplinary dismissal, inserted in the article 55.5 LET. This legal precept regulates a specific and differentiated assumption of nullity in order to fight against the violation of fundamental rights and public freedoms, even the non-discrimination. This research project analysis the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court, specially of the SSTC 92/2008 and 124/2009. The Spanish Constitutional Court increases the protection coming from the European Directive 2006/54/EC with an extensive interpretation of article 55.5 LET. The objective nullity of pregnant women dismissal applies automatically, and consequently the employer's knowledge of the worker's pregnancy situation is not required

Finally, it is analyzed the event of termination of contract of the pregnant woman in probationary period, through STC 173/2013, where the new interpretation established by the Constitutional Court supposes a regression to the advance obtained by the sentences mentioned previously.

RESUMEN

En el presente TFG se analizará la protección que nuestro ordenamiento jurídico prevé para la situación de embarazo y la maternidad de las mujeres trabajadoras. Todo ello partiendo del enfoque de los derechos fundamentales de igualdad de trato y no discriminación, regulados a lo largo del articulado de nuestra constitución.

La investigación realizada se centra en la protección de la situación de embarazo ante el despido disciplinario regulado en el art. 55.5 LET, el cual contempla un supuesto de nulidad específico y diferenciado del previsto para la discriminación o vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Se realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, concretamente de las SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo. En ellas el TC, consciente de la precariedad a la que se ve sometida la mujer, con carácter general, en el mundo laboral, y la mujer embarazada, en particular, aumenta la protección que deriva de la Directiva 2006/54/CE interpretando que la nulidad objetiva del despido de una embarazada es automática, de modo que no se requiere el conocimiento previo del empresario de la situación de embarazo.

Finalmente, se analiza también el supuesto de extinción de contrato de la mujer embarazada durante el período de prueba, particularmente, a través de la STC 173/2013, de 10 de octubre, donde la nueva doctrina establecida por el TC supone un retroceso frente al avance obtenido por las sentencias mencionadas con anterioridad.



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



ÍNDICE

Introducción	2
---------------------------	---

CAPÍTULO I. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA RELACIÓN LABORAL

1. Concepto.....	4
2. Regulación normativa.....	6
❖ En España.....	6
❖ En la UE.....	9

CAPÍTULO II. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

1. Concepto.....	13
2. Forma y requisitos para la validez del despido disciplinario.....	15

CAPÍTULO III. IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO Y ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

1. Modalidad procesal.....	18
2. Calificación del despido.....	20
2.1 Despido procedente	21
2.2 Despido nulo: nulidad objetiva y conocimiento del empresario.....	22
3. Carga de la prueba.....	29
4. Despido de la mujer embarazada en período de prueba.....	32

CONCLUSIONES	40
---------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	45
---------------------------	----

Introducción

El motivo por el que he escogido la protección de la situación de embarazo frente al despido disciplinario como tema de trabajo de fin de grado es, principalmente, la situación de inferioridad en la que se ha encontrado la mujer, en relación al hombre, a lo largo de la historia de la humanidad. Esa inferioridad se ha venido manifestando en diversos ámbitos, no solo en el social o familiar, donde el hombre ha tenido un poder de decisión y de mando mayor que la mujer y una menor participación en las cargas familiares, sino que además se reflejaba en el plano jurídico, a través de restricciones de la capacidad de obrar, de manera que las mujeres no podían votar, abrir una cuenta bancaria, contratar, estudiar y, mucho menos, trabajar.

No obstante, poco a poco, las mujeres han ido conquistando terreno y ganando esa capacidad de obrar que en un principio les había sido arrebatada. Una de estas conquistas ha sido la incorporación de la mujer a la vida laboral fuera del hogar, que lleva aparejada innumerables consecuencias entre las que destacamos las jurídicas, las sociales y familiares, que no tienen por qué estar diferenciadas y distinguidas entre sí, sino todo lo contrario, pues se encuentran estrechamente relacionadas.

Consecuentemente, se ha creado la necesidad de que el legislador proteja a la mujer en su puesto de trabajo, tanto a través del Derecho Comunitario, del que podemos destacar, entre otras, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; como en el derecho interno, desde el punto de vista del derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, regulado en distintos artículos de nuestra Constitución Española (en adelante CE) y otras normas, como en RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante LET) o la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y desde el punto de vista de la conciliación del trabajo y la familia, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Es en esa conciliación de la vida familiar y laboral donde me voy a centrar pues, a pesar de que el legislador poco a poco introduzca nuevos medios para posibilitar una distribución más equitativa de las cargas familiares entre hombres y mujeres¹, la situación de embarazo, debido a la propia naturaleza biológica, es una circunstancia que afecta única y exclusivamente al sexo femenino. De esta forma, se deben crear medidas a través de la técnica de la acción positiva, que protejan a las trabajadoras frente a las posibles actuaciones del empresario motivadas por el estado de gravidez o por el disfrute de los derechos que la ley le concede para la conciliación de la vida laboral y familiar, como la suspensión del contrato por maternidad o lactancia.

Dentro de esta especial protección encontramos el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 108.2 en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) cuyo blindaje a la maternidad de las mujeres embarazadas ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial, dando lugar a diversas corrientes de interpretación, hoy resuelto por la jurisprudencia del TC a la que se hará referencia.

En consecuencia, este trabajo se divide en tres bloques distribuidos en capítulos. En el primero, se definen y diferencian los conceptos de igualdad de trato y no discriminación, como derechos fundamentales esenciales para comprender el desarrollo del mismo. En el segundo capítulo, se recoge una definición general del concepto de despido disciplinario, así como una descripción de sus características y requisitos. Y, por último, en el tercer capítulo se encuentra el tronco de la presente investigación, donde se analiza la impugnación del despido y los aspectos procesales relevantes, con un desarrollo de la discusión doctrinal y jurisprudencial a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y del Tribunal Supremo (en adelante TS), tanto en relación con el carácter objetivo o subjetivo de la nulidad, como en la distribución de la carga de la prueba, concluyendo, con la extinción del contrato de la mujer embarazada durante el período de prueba.

¹ Vid. Por ejemplo el art. 37.3 LET (permiso por nacimiento de hijo); art. 48.4 LET (posibilidad de que el padre disfrute de la baja por maternidad, sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al descanso obligatorio para la madre); o art. 48.7 LET (suspensión del contrato por paternidad de cuatro semanas ininterrumpidas).

CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA RELACIÓN LABORAL

1. Concepto

En primer lugar, es preciso partir de una idea o premisa esencial: el principio de igualdad y el de no discriminación, a pesar de estar estrechamente relacionados, no tienen el mismo significado.

En cuanto al principio de igualdad, supone la igualdad de derechos y oportunidades entre todos los seres humanos, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad o religión. Este principio se manifiesta en el derecho a recibir un trato igualitario en situaciones idénticas o, desde una perspectiva negativa, la prohibición de trato distinto, desproporcionado, carente de una justificación objetiva y razonable entre trabajadores que se encuentran en la misma posición.

Dentro del principio de igualdad podemos distinguir entre la igualdad formal y la material. La primera, supone un mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación. La segunda, tiene en cuenta la situación real en la que se encuentran las personas, con la finalidad de conseguir una equiparación real y efectiva de las mismas². De esta forma, para lograr esa igualdad material, los poderes públicos deben llevar a cabo lo que se denomina acción positiva. Por tanto, la igualdad material, como su propio nombre indica, supone la materialización de la igualdad formal recogida en los mandatos legislativos.

Respecto al principio de no discriminación, concretamente, en las relaciones de trabajo, supone la prohibición de la utilización de determinadas condiciones personales o sociales como criterios distintivos que supongan una diferencia de trato, vulnerando el principio de igualdad. Este principio se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana y tiene su razón de ser en la existencia de colectivos de personas tradicionalmente

² CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la Constitución Europea”, Revista del Foro Constitucional iberoamericano, núm. 8, 2004, p. 1

marginados, como ha ocurrido con las mujeres a lo largo de la historia³. Como consecuencia, se ha establecido el principio de no discriminación por razón de sexo cuya razón de ser radica en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la población femenina, sobre todo en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales⁴. Por tanto, ningún trabajador puede ser discriminado por razón de sexo ni en el acceso al empleo ni en sus condiciones de trabajo. De esta forma, la discriminación por razón de sexo supone que se ha producido una lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que se genera una minusvaloración o un perjuicio laboral injustificado.

Dentro de la discriminación por razón de sexo, debemos distinguir entre la discriminación directa e indirecta. La directa es el trato menos favorable basado en el sexo como, por ejemplo, la diferencia de salario o el despido a una trabajadora por estar embarazada. Y la discriminación indirecta es aquella que tiene una apariencia de neutralidad, pero que en el fondo supone un trato desfavorable por razón de sexo⁵, por ejemplo, el requisito de continuidad para obtener un ascenso, pues supone una discriminación a las mujeres en edad fértil, ya que desde que disfruten de la baja por maternidad, no puede computarse esa continuidad.

No obstante, no hay discriminación cuando una diferencia de trato se basa en la naturaleza del trabajo, es decir, cuando un puesto tiene que ser necesariamente desempeñado por una mujer o por un hombre como, por ejemplo, a la hora de otorgar un papel en el cine o en el teatro, pues es lógico que si lo que se va a representar es el papel de una mujer, lo lleve a cabo una actriz, y si lo que se necesita es un hombre, se contrate a un actor⁶.

³ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, p. 24

⁴ Vid. STC 26/2011 de 14 de marzo de 2011, Fundamento jurídico 4º

⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *op.cit.* p. 24

⁶ MONTOYA MELGAR, A., “El principio de igualdad y no discriminación: presentación general”, en AAVV, *Jornada sobre igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, 1º edición, Asturias, 2008, p. 35

La distinción entre el principio de igualdad y no discriminación es relevante para fijar su alcance en las relaciones laborales. Esto es así porque la prohibición de no discriminación además de imponerse a los poderes públicos, también se proyecta sobre las relaciones privadas, sobre todo, en los actos que el empleador lleve a cabo en el ejercicio de su poder de dirección. Sin embargo, el principio de igualdad, en un primer momento, según la STC 108/1989 se imponía a los poderes públicos, pero no a los sujetos privados debido a la autonomía de la libertad, que solo está limitada por la prohibición de discriminación. No obstante, de las SSTC 177/1988; 171/1989; 28/1992, entre otras, podemos extraer la conclusión de que, en el ámbito de las relaciones privadas, el principio de igualdad ha de aplicarse con matices, ya que debe ser compatible con otros valores o parámetros que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, podría decirse que, en los acuerdos privados o en las decisiones unilaterales tomadas por el empresario, las diferencias establecidas en el ejercicio de su poder de dirección no vulnerarían el principio de igualdad, siempre y cuando respeten la ley y los convenios colectivos, y no supongan un trato discriminatorio⁷.

Todo ello no supone que, en el ámbito de las relaciones privadas, exista una lucha entre el principio de libertad y el de igualdad, sino que se debe de intentar compatibilizarlos. Por tanto, no se puede impedir a los empresarios el derecho de elegir a quién contratar, pero esta libertad encuentra su límite en el respeto a la dignidad humana y, con ello, la prohibición de la discriminación.

2. Regulación normativa

❖ En España

Es importante resaltar que no fue hasta la Constitución de 1931, de la II República, donde se reguló por primera vez la igualdad entre hombres y mujeres, con carácter general.

⁷ LOPEZ CUMBRE, L., “La libertad de empresa y el principio de igualdad”, en AAVV *Jornada sobre igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, op.cit., p. 109

En cuanto a la Constitución Española de 1978 debemos hacer un análisis más amplio, ya que el principio de igualdad y no discriminación se recoge en diversos artículos de la misma.

Hay que partir, en primer lugar, del art. 1 de la CE donde se consagra la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, cuya realización efectiva se encomienda a los poderes públicos en el art. 9.2 CE. Pero es en el art. 14 CE donde se encuentra el tronco fundamental del derecho a la igualdad y no discriminación, pues se establece la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No obstante, el contenido del art. 14 CE es el derecho general de igualdad y no discriminación, por lo que su concreción en las relaciones de trabajo se lleva a cabo en el art. 35 CE, que reconoce el derecho del trabajo sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

A su vez, la manifestación de lo dispuesto en el art. 35 CE se concreta en la actual redacción de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en los arts. 4.2. c) y 17 según los cuales, los trabajadores tienen derecho a *“no ser discriminados de forma directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo”*. Por lo que, serán nulos y sin efectos los pactos y decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación, ya sea directa o indirecta.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho de igualdad en las relaciones de trabajo tiene una doble proyección: por un lado, el derecho de los sujetos laborales a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos; y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empresario en el seno de la relación de trabajo⁸.

En cuanto al derecho de igualdad de trato por los poderes públicos conviene resaltar que, debido a la situación de inferioridad a la que se ha visto sometida la mujer a

⁸ PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*. 24ª edición, Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 107

lo largo de la historia en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias como SSTC 28/1992 y 216/1991 ha reconocido la posibilidad de que el legislador establezca medidas de lo que se podría denominar como acción positiva. Las medidas de acción positiva son medidas de impulso y promoción que están destinadas a eliminar las desigualdades de hecho que padecen determinados grupos definidos por el sexo, raza, etnia, religión, orientación sexual, entre otros⁹. De esta forma, en la STC 28/1992 el Tribunal establece que “*son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida*”, y cita la STC 216/1991 que establece que “*no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento siquiera temporal, que aquellos poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial*”. Todo ello, siempre y cuando se respeten los criterios de razonabilidad, justificación y proporcionalidad.

A este tipo de acción positiva hace referencia el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres como, por ejemplo, la reserva de un número determinado de plazas de oposiciones a favor de las mujeres.

Asimismo, como manifestación directa de la misma, y estrechamente relacionada con este trabajo, encontramos la sanción de nulidad de los despidos de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo¹⁰ (art. 55.5 LET incorporado por la LCVFL) pues, ya entrando en la no discriminación en la relación de trabajo, la discriminación por razón de sexo no sólo se manifiesta a través de un trato diferenciado fundado en la pura y simple constatación del sexo del trabajador, sino que, también se puede manifestar de una forma más sutil y común, basándose en razones o circunstancias relacionadas de forma inequívoca con el sexo femenino¹¹.

⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H., [En línea] [Fecha de consulta 4 de abril de 2017]. Disponible en internet: <http://www.iuslaboralistas.com/wp-content/uploads/2015/09/PONENCIA-CARLOS-PRECIADO-IGUALDAD-Y-NO-DISCRIMINACION.pptx>

¹⁰ ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., “El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la STS de la Sala IV, de 19 de Julio de 2006”, Aranzadi social. núm. 5, 2006, p. 905-914.

¹¹ Vid. STC 173/1994 de 7 de junio, Fundamento jurídico 2º

Es en este tipo de discriminación donde entra el embarazo (STC 17/2007, 62/2007 y 74/2008 entre otras), la maternidad y la lactancia (SSTC 109/1993, 203/2000, 324/2006, 3/2007 y 233/2007)¹². Factores que inciden, exclusivamente y por la propia naturaleza biológica, en la mujer.

En relación con estos factores, la discriminación puede llevarse a cabo tanto en el acceso al trabajo; en la negación a la mujer trabajadora de un derecho asociado a la maternidad, como por ejemplo, la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos; como en la actitud del empresario de reacción o represalia frente al disfrute de esos derechos¹³.

❖ En la UE

En cuanto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres se encuentra consagrado en varios de sus preceptos, entre los cuales podemos destacar los siguientes: en primer lugar, el art. 8 que fija el objetivo de la Unión de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, así como promover su igualdad; en segundo lugar, el art. 10 recoge que “*la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”; y por último, el art. 157.1, 3 y 4 que contiene la obligación de que los Estados apliquen el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para trabajos de igual valor y el compromiso del Parlamento Europeo y el Consejo para adoptar medidas que garanticen el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Por último, este artículo contempla la posibilidad de que los Estados lleven a cabo medidas de acción positiva para facilitar al sexo menos representado, el ejercicio de actividades profesionales, o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

¹² PALOMEQUE LOPEZ, M.S. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, op.cit., p. 112

¹³ PALOMEQUE LOPEZ, M.S. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, op.cit., p. 113-114

En el derecho comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de 2000, recoge la prohibición de toda discriminación basada en el sexo, así como el principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución¹⁴. También, tiene especial relevancia el art. 30 que consagra el derecho a la protección en supuestos de despidos injustificados, de conformidad con el derecho comunitario, las legislaciones y prácticas nacionales. Asimismo, podemos destacar el art. 33 que garantiza la protección de la familia, estableciendo que, con el fin de poder conciliar la vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad. Junto a ella, la protección frente al despido deriva, además, de las disposiciones comunitarias sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, tanto en el trabajo, como en la conciliación de la vida familiar y laboral, ofreciendo así una protección indirecta frente al despido disciplinario, al prohibir los despidos discriminatorios¹⁵.

En efecto, se ha adoptado la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹⁶. Dentro del contenido de esta Directiva encontramos la definición de la discriminación directa y la indirecta, el acoso y el acoso sexual. Asimismo, solicita a los empresarios que adopten medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, endurece las sanciones en caso de discriminación y prevé la creación, en los Estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres¹⁷.

¹⁴ GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 24

¹⁵ GIL y GIL, J.S. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *La protección contra el despido disciplinario*, 1ª edición, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, p. 59-60

¹⁶ La Directiva 2006/54/CE deroga las Directivas 76/207/CEE (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, formación, y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo); 75/117 CEE; 86/378/CEE y 97/80/CE.

¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.8.html

En cuanto a la protección de las trabajadoras embarazadas, la Directiva 2006/54/CE, en su art. 2.2, establece que “a efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: (...) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la directiva 92/85/CEE”.

Podemos destacar, además, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia que, además de establecer una serie de medidas para proteger la situación fisiológica de la maternidad, prohíbe el despido en el lapso de tiempo comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del descanso por maternidad¹⁸ salvo los casos excepcionales no inherentes a su estado (art. 10).

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el fin de condenar cualquier discriminación por razón de embarazo, ha declarado que tanto la discriminación de una trabajadora a consecuencia de su embarazo, como por causa basada en el mismo, es una discriminación directa por razón de sexo, calificada como injustificable¹⁹.

En el marco de la OIT encontramos el Convenio nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, que obliga a los Estados miembros a llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación con el fin de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

También es de destacar la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo art. 11.2.a) se estableció la obligación a los Estados de adoptar medidas para prohibir el despido por motivo de embarazo o baja por maternidad.

¹⁸GIL y GIL, J.S. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., en *La protección contra el despido disciplinario*, op.cit., p. 61

¹⁹ Vid. SSTSJCE, asunto C-32/92, *Webb* y asunto C-421/92, *Habbermann-Beltermann*.

Por último, debemos hacer referencia al Convenio n° 183 sobre la protección de la maternidad, cuya finalidad es promover la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo, la salud y la seguridad de la madre y el niño, así como la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.

CAPÍTULO II. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

1. Concepto

Ya en el art. 49.1. k) LET se establece que el contrato de trabajo se extinguirá por despido del trabajador. Entendemos por despido a la extinción del contrato de trabajo en virtud de la decisión unilateral del empresario²⁰. Pero debemos destacar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general de limitación del despido, en virtud del cual se halla sometido a condiciones de fondo y forma. Excluyendo, por tanto, la posibilidad de que existan despidos sin causa²¹.

No obstante, no todo despido es despido disciplinario, para ello debemos acudir al art. 54 LET donde se regula el despido disciplinario como tal. Este despido consiste en la decisión unilateral tomada por el empresario, en base a su poder de dirección, a través del cual puede sancionar las conductas más graves de sus trabajadores, motivada por un incumplimiento contractual de los mismos. De manera que, el despido disciplinario, es la figura jurídica que permite al empresario extinguir la relación laboral, debido a un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo subordinado²².

Hay que tener en cuenta que, cualquier incumplimiento del trabajador no puede dar lugar a la extinción del contrato, por lo que, exclusivamente, aquellos que se caracterizan por ser graves y culpables pueden dar lugar a un despido de carácter procedente. De esta manera, debe graduarse de la mejor forma posible la conducta incumplidora del trabajador, ya que el despido es la sanción más importante y de mayor entidad, por lo que debe ser proporcional el incumplimiento con la sanción impuesta²³.

²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, 1ª edición, Difusión Jurídica y temas de Actualidad, Madrid, 2008, p. 11

²¹ Vid. STS 192/2003, de 27 de octubre

²² GORELLI HERNÁNDEZ J., GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, op.cit. p. 12

²³ GORELLI HERNÁNDEZ J., GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, op.cit. p. 16-18

Hay que tener en cuenta que, aunque el empresario pueda ejercer libremente los poderes que el ordenamiento jurídico le confiere, como en este caso, el poder de dirección, no puede menoscabar nunca los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. De esta forma, los derechos fundamentales son un límite infranqueable al poder empresarial²⁴.

En la actualidad, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye, junto con la desigualdad retributiva, el problema más importante con el que se enfrenta el principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales²⁵. Esto es así, porque muchos empresarios llevan a cabo despidos discriminatorios camuflados como despidos disciplinarios, motivados, generalmente, por causas económicas.

En relación con los perjuicios económicos que puede generar el estado de embarazo de una trabajadora, encontramos la STCE 8 de Noviembre de 1990, asunto Dekker (C-177/88) donde se plantea como cuestión prejudicial si viola directa o indirectamente el principio de igualdad de trato recogido en la Directiva 76/202/CEE el hecho de que un empresario se niegue a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que ha considerado apta, basándose en las consecuencias perjudiciales que acarrearía a dicho empresario el estado de embarazo de la misma. Para lo cual, el Tribunal contestó que *“esta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante el periodo de descanso por maternidad”*, por tanto *“vulnera directamente el principio de igualdad de trato enunciado en el apartado 1 del artículo 2 y en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207 del Consejo”*

Este criterio de no justificación por causas económicas se podría trasladar, también, a los despidos que se produzcan sobre mujeres embarazadas basándose, intrínsecamente, en esta causa.

²⁴ GIL y GIL, J.S y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *La protección contra el despido disciplinario*, op.cit., p. 125

²⁵ Vid. STC 92/2008, de 21 de julio. Fundamento jurídico 4º

2. Forma y requisitos para la validez del despido disciplinario

Las causas del despido disciplinario vienen recogidas en el apartado segundo del art. 54 y son las siguientes: faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; la indisciplina o desobediencia en el trabajo; las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza; la disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo; la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten de forma negativa en el trabajo; el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

De todas las causas mencionadas anteriormente, estrechamente relacionadas con el género encontramos el acoso sexual o por razón de sexo. El acoso por razón de sexo se puede definir como aquella conducta no deseada, relacionada con el sexo de la persona, que atente contra su dignidad y cree un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. En cuanto al acoso sexual, viene definido en el art. 7 LOIM como cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual, destinado a atentar contra la dignidad de una persona, creando un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Estas conductas tienen como destinatario al empresario o a las personas integradas en la empresa²⁶.

Por su parte, el art. 55 LET, exige el cumplimiento de una serie de requisitos para que el despido sea válido.

El primero de ellos hace referencia a la carta de despido, esto es, la obligatoriedad de que el despido sea notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos (art. 55.1 LET). Debemos destacar, que la fecha en la que tendrá efecto el despido es importante, pues supone el inicio del cómputo del plazo que tiene el trabajador para recurrir. Además, la notificación de la carta de despido es esencial para que éste despliegue sus efectos extintivos. La exigencia de que en la carta de despido se hagan constar los hechos que lo motivaron es una respuesta a la

²⁶ PALOMEQUE LOPEZ, M.S. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, op.cit., p. 703-704

necesidad de impedir la indefensión del trabajador, de manera que, si impugna el despido, lo haga con el conocimiento de los hechos en que se basa y pueda preparar su defensa²⁷.

En relación con los hechos, es importante que el empresario incluya, explique y justifique bien los hechos y las causas que motivan el despido, pues el art. 105.2 LRJS contempla una vinculación entre la carta de despido y los motivos de oposición del empresario en el juicio, de manera que, no se le admitirán en juicio otros motivos que los contenidos en la carta de despido.

Junto con los requisitos comunes ya mencionados, encontramos otros requisitos especiales, que afectan únicamente a ciertos colectivos o grupos de trabajadores. Podemos distinguir dos supuestos diferentes: el primero, en el caso de que el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, es obligatorio la apertura del expediente contradictorio; y el segundo hace referencia al hecho de que un trabajador estuviera afiliado a un sindicato y el empresario tuviera conocimiento de ello. En este caso, el empresario deberá de iniciar el trámite de audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente de dicho sindicato (art. 55.1. III y IV LET)²⁸.

Por último, debemos resaltar que, en caso de que el empresario no haya observado las formalidades anteriormente citadas, el apartado segundo del art. 55 LET le otorga la posibilidad de realizar un nuevo despido que cumpla con los requisitos necesarios, en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente al primer despido. No obstante, el empresario deberá de poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días que han transcurrido desde el primer despido hasta el segundo, manteniéndose, a su vez, durante los mismos, el alta en la Seguridad Social²⁹.

²⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, 2ª edición, Lex nova, 2010, Valladolid, p. 61-62

²⁸ GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, op.cit. p. 230-249

²⁹ PALOMEQUE LOPEZ, M.S. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, op.cit., p. 706

Cabe destacar que, es importante que el empresario compruebe, antes de llevar a cabo el despido, si el convenio colectivo aplicable impone algún requisito adicional de forma para realizar el mismo. Esto es así, porque el art. 55.1 LET permite que, a través de los convenios colectivos, se establezcan otro tipo de exigencias formales para el despido³⁰. De esta forma vemos como, a través de la negociación colectiva, se puede limitar las capacidades del empresario para despedir, por medio de un reforzamiento de las garantías de los trabajadores frente al despido³¹.

Por tanto, para que el despido disciplinario sea válido y, con ello, procedente, tanto de un trabajador corriente como, sobre todo, de una trabajadora embarazada, durante la suspensión del contrato por baja de maternidad, o tras su reincorporación al puesto de trabajo, además de cumplirse estos requisitos formales es necesario que concurra realmente alguna de las causas tipificadas en el apartado segundo del art. 54 LET.

³⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, op.cit., p. 64

³¹ STS de 4 de mayo de 2009

CAPÍTULO III. IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO Y ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

En primer lugar, debemos destacar que, respecto a la impugnación del despido disciplinario, lo establecido en la Ley del Estatuto de los Trabajadores tiene su correspondencia en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

1. Modalidad procesal

A pesar de que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social prevé un procedimiento específico para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 LRJS) los supuestos de vulneración del derecho fundamental de igualdad de trato y no discriminación por despido de una mujer durante y después del embarazo, se tramitan por los arts. 103 a 113 LRJS relativos a la impugnación del despido disciplinario.

Esto es así ya que el art. 184 LRJS establece expresamente que, entre otras, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato, así como las sanciones impuestas por los empresarios en que se invoque una lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán, y de forma inexcusable, por la modalidad procesal correspondiente. Este tipo de procesos tienen la característica de que se tramitarán con carácter preferente, cumpliendo la garantía constitucional del art. 53.2 CE que supone que la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1º del Capítulo II de la Constitución Española ante los tribunales ordinarios, se llevará a cabo a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

A su vez, el art. 178.2 LRJS establece que, cuando la tutela del derecho deba de llevarse a cabo a través de las modalidades procesales recogidas en el art. 184, deberán aplicarse, respecto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, las reglas y garantías previstas en el Capítulo XI: de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

Una vez aclarado porqué acudimos a una modalidad procesal y no a otra, podemos precisar que la trabajadora tiene un plazo de caducidad de veinte días hábiles, siguientes a aquél en que el despido se hubiera producido, para impugnarlo. No obstante, deberá presentar previamente escrito de papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC)³², que dará lugar al acto de conciliación, cuya principal finalidad es la de lograr un acuerdo con el empresario. Lo que producirá una suspensión en el plazo de caducidad de veinte días para la presentación de la demanda.

En caso de no haber acuerdo, se interpondrá la demanda ante el Juzgado de lo Social competente. Esta demanda deberá contener, además de los requisitos generales del art. 80 LRJS, los específicos del art. 104 LRJS³³.

Siguiendo lo establecido en el art. 82 LRJS una vez admitida a trámite la demanda, el Secretario judicial señalará el día y hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio. Si no hubiera conciliación, se pasará seguidamente al juicio. Una vez ratificada la demanda, tanto en fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones, corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar, sin poder alegar, como ya adelantábamos, otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la carta de despido (art. 105.1 y 2 LRJS).

Como aspecto importante, debemos destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se establece la denominada “garantía de indemnidad” que supone que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden derivar consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas de la persona que lo ejercita³⁴. Esto es así porque según el Tribunal Constitucional la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso, sino que tal derecho también puede verse lesionado cuando

³² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, op.cit. p. 203

³³ PALOMEQUE LOPEZ, M.S. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, op.cit., p. 703-704

³⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, op.cit. 280-281

su ejercicio por el trabajador, produzca como consecuencia una conducta de represalia por el empresario³⁵.

Por tanto, cualquier acción del empresario motivada por el hecho de que un trabajador ejercite una acción judicial debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula en base al art. 17.1.II LET.

En relación con la maternidad, en el fundamento jurídico 8º de la STC 92/2008, de 21 de julio, establece que la no exigencia de comunicación al empresario de su estado de embarazo, constituye un reforzamiento, tanto de la finalidad de protección de su salud y seguridad a la que alude la Directiva 92/85/CEE, como de la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una «garantía de indemnidad» reforzada.

2. Calificación del despido

En primer lugar, debemos de tener en cuenta la realidad de que, a pesar de las medidas que puedan adoptar los poderes públicos con la finalidad de incentivar el reparto de las cargas familiares, así como la conciliación de las mismas con el trabajo, son las mujeres las que asumen, con carácter general, esas responsabilidades familiares³⁶.

Debido a esto, vemos como la tendencia de los empresarios de despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o con posterioridad al mismo, es extremadamente discriminatoria para el sexo femenino, sobre todo, porque el embarazo es una realidad exclusivamente femenina, en la que no es posible llevar a cabo ningún reparto. Como consecuencia, cualquier extinción llevada a cabo por los empresarios con motivo de la maternidad de la trabajadora es discriminatorio, y debe ser sancionado.

Partiendo de lo dispuesto en los arts. 55.5 LET y 108.2 LRJS el despido disciplinario de una mujer trabajadora, tanto durante el estado de embarazo, como durante el disfrute

³⁵ Vid. STC 38/2005, de 6 de octubre de 2005. Fundamento jurídico 3º

³⁶ CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencia básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. extra 3, 2007, p. 104

de la baja por maternidad y nueve meses después del nacimiento del hijo, únicamente puede ser calificado como nulo o procedente. Esto se deduce del hecho de que ambos artículos solo prevén la posibilidad de que el despido no sea declarado nulo, cuando sea procedente, sin hacer mención alguna a la posibilidad de declaración de improcedencia. Como consecuencia, un despido disciplinario de trabajadora durante o después del embarazo con defectos de forma, al no haber la improcedencia sería igualmente nulo, aunque no discriminatorio.

2.1 Despido procedente

Tanto el art. 55.5 LET, como el art. 108.2 LRJS en sus últimos apartados establecen que *“lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”*.

Por tanto, el despido será procedente siempre y cuando la trabajadora incumpla de forma grave y culpable las obligaciones que conforman la relación contractual con el empresario. Éste, además de venir obligado a la observancia de los requisitos formales del art. 55.1 LET, debe acreditar la existencia del incumplimiento de la trabajadora y que el despido se motiva por el mismo y no por el embarazo o por el ejercicio de los derechos que la ley reconoce a las trabajadoras para la conciliación de la vida familiar y laboral.

A modo de ejemplo tenemos la STSJ de Andalucía 4303/2008 de 18 de diciembre a través de la cual se admite el despido disciplinario de una mujer embarazada en base a las ofensas verbales de ésta contra su superior (art. 54.2.c) LET) ya que las mismas rompen la armonía y confianza que debe existir en una relación laboral. Constituye requisito necesario para que sea posible la declaración de procedencia que el empresario acredite una causa real, suficiente y seria que pruebe que no hubo móvil discriminatorio por razón de sexo (fundamento jurídico 2º).

Esta declaración de procedencia supone que el trabajador no perciba ningún tipo de indemnización ni salarios de tramitación (art. 109 LRJS y art. 55.7 LET)

2.2 Despido nulo: nulidad objetiva y conocimiento del empresario

Ambos artículos anteriormente señalados establecen que “*será nulo el despido que tenga por móvil alguna 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*”.

No obstante, el legislador, en un intento de paliar con la discriminación que puede sufrir una mujer en edad fértil en su puesto de trabajo, así como de reforzar la protección de la maternidad, no se limita sólo a declarar la nulidad de aquellos despidos que vulneren la prohibición de discriminación, o se lleven a cabo mediante la violación de derechos fundamentales y libertades públicas, sino que amplía los supuestos de nulidad, entre otros, a los siguientes: despidos de trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia; el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión; y, el de las trabajadoras después de integrarse al trabajo al terminar los períodos de suspensión y siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento. Aunque no solo se protege la maternidad biológica, sino que también se incluye la adopción, guarda y acogimiento.

Esta ampliación fue introducida por la ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, de manera que vemos como la protección del legislador sobre la maternidad se extiende desde el momento del embarazo, pasando por la suspensión del contrato con motivo de la baja por maternidad, hasta nueve meses después de la fecha de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento del hijo o menor.

Esta acción del legislador es interpretada por el TC como un nuevo supuesto de nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa en toda situación de embarazo, independientemente de que existan indicios de tratamiento discriminatorio o, de que concurra o no un móvil de discriminación³⁷.

³⁷ PALOMEQUE LOPEZ, M.S. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., en *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 112-113

Sin embargo, esto no siempre ha sido así, pues el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, definía el concepto de trabajadora embarazada como aquella que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación o práctica nacional. Por tanto, vemos como lo dispuesto en esta norma internacional, no deja dudas de que el presupuesto necesario para la consideración de trabajadora embarazada es la comunicación de ese estado al empresario, de manera que, únicamente, quedaría protegida cuando hubiera llevado a cabo la misma. Comunicación que la normativa comunitaria deja que se realice de conformidad a las normas de cada estado, aunque parece lógico que, realmente, lo importante aquí no es tanto la comunicación, sino más bien el conocimiento del empresario del estado de embarazo de la trabajadora. Por tanto, podemos entender que cabría tanto una comunicación formal, como una informal, a través de la simple constatación por parte del empresario del embarazo de la mujer³⁸.

De esta forma, en palabras de Juan Gil Plana *“si la norma comunitaria considera mujer embarazada aquella que comunica tal estado al empresario, no pueden las normas nacionales eliminar expresamente tal comunicación/conocimiento como elemento integrante del concepto, porque entonces estaríamos ante realidades distintas, y habría que plantearse si realmente se ha transpuesto correctamente la Directiva 92/85 CEE”*

No obstante, al transponer la Directiva 92/85/CEE, el legislador no hizo alusión a la necesidad de comunicar la situación de embarazo al empresario, dando a entender que ésta no es necesaria para que opere la protección por despido disciplinario discriminatorio y, por tanto, nulo.

A partir de esta regulación se crearon dos interpretaciones. Una consideraba que no era necesaria la comunicación del embarazo al empresario. Sin embargo, si era necesario que éste lo conociera. De esta forma, al conocer el empresario la situación de embarazada de la trabajadora, se presumía que existía una intencionalidad discriminatoria

³⁸ GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, op.cit., p. 30

en el despido. La otra corriente defendía que el despido era nulo, independientemente del conocimiento de la situación de embarazo por parte de la empresa. Por lo tanto, únicamente era necesario que el despido y el embarazo tuvieran lugar en el mismo tiempo³⁹.

Debemos destacar, que el TJCE actualmente no se ha pronunciado expresamente sobre el concepto de trabajadora embarazada, no existiendo una solución comunitaria que resuelva este problema. No obstante, sí que podemos destacar, entre otras, las SSTJCE de 4 de octubre de 2001 (Jiménez Melgar) asunto C-438/1999 y la de 4 de octubre de 2001 (Tele Danmark), asunto C-109/2000. Las que, a pesar de no pronunciarse el Tribunal sobre el concepto de trabajadora embarazada, vemos como han servido, en España, para argumentar tanto la tesis objetiva como la subjetiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, debemos distinguir, por tanto, dos momentos distintos, por un lado, antes de la reforma operada por la ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; y después de la misma.

De esta forma, en un primer momento, antes de la reforma, el Tribunal Constitucional se decantó por la necesidad de conocimiento por la empresa de la situación de embarazo como requisito necesario para fundamentar la existencia de un posible trato discriminatorio en el despido, ya que esta nulidad estaba basada en el supuesto genérico de vulneración de alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (STC 41/2002)⁴⁰. Esta sentencia establece que *“si se afirma que la causa del despido es el embarazo, habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constanding expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha*

³⁹ CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencia básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, op.cit., p. 106

⁴⁰ ELORZA GUERRERO, F., *La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas*, Temas laborales, 2009, núm. 98, p. 241

*basado su decisión en dicha circunstancia*⁴¹. Además, la trabajadora debía demostrar un mínimo de prueba indiciaria de que se ha producido una discriminación, y en este momento será la empresa la que demuestre que el motivo de su despido nada tiene que ver con el embarazo.

En cuanto al Tribunal Supremo, también se decantó por la tesis de la nulidad subjetiva, incluso después de promulgación de la ley 39/1999. Destacamos la STS (Sala 4) de 19 de julio de 2006, en cuya argumentación a favor de la teoría subjetiva establece que ésta se ajusta al principio de seguridad jurídica, a diferencia de lo que ocurriría con la tesis contraria. Esto es así porque la calificación de nulidad del despido se hace depender del dato totalmente azaroso del estado de gestación, que es imposible de conocer durante un cierto tiempo, incluso por la propia mujer gestante⁴².

Asimismo, esta sentencia se basa en una interpretación histórica y conforme al derecho comunitario, concretamente, la Directiva 92/85 CEE en cuya definición de trabajadora embarazada, como ya se mencionó anteriormente, incluye el conocimiento del embarazo por el empresario, haciendo referencia a que la jurisprudencia del TJCE no se ha manifestado acerca de la inexigibilidad del requisito del conocimiento⁴³.

Por último, establece que el art. 55.5.b) LET proporciona a las mujeres embarazadas *“una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal iuris et de iure del móvil discriminatorio”*. De manera que la trabajadora solo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación, siendo este conocimiento el indicio que fundamenta la presunción. Y concluye afirmando que nuestro ordenamiento jurídico no exige la comunicación al empresario, si no basta con el conocimiento del estado gestante de la trabajadora, ya sea porque el hecho sea apreciable a simple vista o porque sea conocido en el lugar de trabajo⁴⁴.

⁴¹ Vid. STC 92/2008, de 21 de julio fundamento jurídico 4º

⁴² Vid. STS, de 19 de Julio 2006 (Recurso 1452/05) fundamento jurídico 5º

⁴³ Vid. STS, de 19 de Julio 2006 (Recurso 1452/05) fundamento jurídico 6º

⁴⁴ Vid. STS, de 19 de Julio 2006 (Recurso 1452/05) fundamento jurídico 7º

En esta línea también encontramos las SSTS 24 de julio de 2007 (recurso 2520/06), 29 de febrero de 2008 (recurso 657/2007) y 12 de marzo de 2008 (recurso 1695/2007)⁴⁵.

Sin embargo, vemos como esta cuestión era muy discutida ya que algunas de las sentencias⁴⁶ presentan votos particulares de aquellos Magistrados que no estaban de acuerdo con la interpretación del precepto como una nulidad subjetiva, y apostaban por la mayor protección de la embarazada y, por tanto, por la nulidad objetiva.

El cierre de este debate acerca de la dualidad de nulidades lo pone, finalmente, la STC 92/2008, de 21 de julio, donde la trabajadora alega la vulneración del derecho a tutela judicial efectiva al interpretar los tribunales que del art. 55.5.b) LET nace la exigencia de conocimiento del embarazo del empresario, requisito que no figura en el precepto legal. Es en este momento donde, por fin, el TC se manifiesta acerca de la nueva redacción dada por la ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras al art. 55.5 LET y es en esta sentencia donde dispone que *“nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período 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”*. Además, exime a la trabajadora la necesidad de probar *“el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluido el deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo”*⁴⁷.

⁴⁵ MUNÍN SÁNCHEZ, L., “Nulidad del despido durante el embarazo. A propósito de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008”, AFDUDC, núm. 13, 2009, p. 948

⁴⁶ Vid. SSTS de 19 de Julio 2006 (Recurso 1452/05), 29 de febrero de 2008 (recurso 657/2007) y 12 de marzo de 2008 (recurso 1695/2007).

⁴⁷ Vid. STC 92/2008, de 21 de julio Fundamento jurídico 8º

Por tanto, vemos como el TC se basa en una interpretación gramatical, lógica, teleológica y conforme a la Constitución que conduce a considerar que la nulidad del despido del art. 55.5.b) LET tiene un carácter automático, exclusivamente vinculado a la exigencia de que la trabajadora acredite su estado de embarazo y a la no consideración del despido como procedente por motivos ajenos al mismo. De manera que, al enunciar el legislador un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto, con carácter general, en el párrafo primero del apartado quinto, al no contemplar otra condición para la declaración de nulidad que la procedencia del despido, y al delimitar que el ámbito temporal de la garantía abarca desde el inicio del embarazo, y no desde la comunicación ni el conocimiento del empresario, conducen a interpretar que estamos ante una nulidad objetiva. Además, respecto al art. 2 de la Directiva 92/85/CEE, establece que tiene por objeto el establecimiento de unas disposiciones mínimas para proteger la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, por lo que la ley 39/1999 al transponer la Directiva supera los niveles mínimos de protección previstos en ella⁴⁸.

Asimismo, debemos destacar la en la STC 124/2009, de 18 de mayo⁴⁹ que confirma la teoría de la nulidad objetiva del despido de una trabajadora embarazada, no obstante, a diferencia de la anterior sentencia donde se basa en el derecho a la tutela judicial efectiva, en esta resolución el TC resuelve a favor de dicha nulidad desde la óptica de la discriminación por razón de sexo.

No obstante, esta sentencia, a diferencia de la STC 92/2008 consta de un voto particular del propio ponente que muestra su discrepancia sobre la doctrina de la STC 92/2008. En primer lugar, considera que el TC se excede de sus competencias pues determina que la cuestión de interpretar el sentido del art. 55.5.b) LET supone una cuestión de legalidad ordinaria, pues *“solo cuando una interpretación de la Ley por el TS no pueda tacharse de razonable en términos constitucionales, y cuando por ello resulte contraria a una garantía constitucional, entre los que deben incluirse los derechos fundamentales y entre ellos la tutela judicial efectiva, sería cuando, en su caso, el Tribunal Constitucional podría corregirla, imponiendo sobre ella la interpretación*

⁴⁸ Vid. STC 92/2008, de 21 de julio Fundamento jurídico 7º

⁴⁹ CARRASCO DURÁN, M., “La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 875 parte Comentario, Aranzadi, 2013, p. 1

constitucionalmente adecuada". De esta forma, estima que el Tribunal Constitucional debía de haber analizado si la sentencia del Tribunal Supremo se caracterizaba por la falta de razonabilidad, arbitrariedad o error que puedan dar lugar a una vulneración del art. 24 CE, de manera que su interpretación de la ley de lugar a tal vulneración. Sin embargo, el ponente considera que ninguno de esos reproches puede hacerse contra la sentencia del Tribunal Supremo, por lo que debería de haberse desestimado el recurso de amparo, sin entrar a interpretar el art. 55.5.b) LET, lo que, reitera, considera una cuestión de legalidad ordinaria.

Además, establece que la idea de discriminación exige el conocimiento del hecho al que se refiere la discriminación, de manera que considera que no puede hablarse de despido motivado por el embarazo, si el empresario desconoce el embarazo.

Finalmente, esta doctrina ha sido asumida por el TS en la STS, de 15 de octubre de 2008 (recurso 1957/2007). Lo que supone un gran avance para intentar lograr la igualdad plena entre hombres y mujeres.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, el art. 113 LRJS (también el art. 55.6 LET) establece que cuando el despido sea declarado nulo, el tribunal condenará al empresario a la inmediata readmisión del trabajador, incluyendo el abono de los salarios dejados de percibir. Esto supone que la declaración de nulidad implica que el despido nunca ha existido, de ahí que la principal consecuencia sea la readmisión del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir, ya que se parte del hecho de que el contrato nunca llegó a extinguirse. Esa readmisión deberá de suponer la reposición del trabajador con las mismas condiciones de las que disfrutaba con anterioridad al despido⁵⁰.

Por último, debemos destacar que la jurisprudencia se ha mostrado favorable a entender que en los supuestos de despido nulo es posible solicitar una indemnización que se justifica por la violación del derecho fundamental. Esta petición de indemnización puede acumularse a la acción de despido y tramitarse por el mismo procedimiento, sin necesidad de que el trabajador deba de iniciar un proceso posterior al de despido, para

⁵⁰ GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, op.cit. p. 431

reclamar la indemnización correspondiente⁵¹. Cabe resaltar, a su vez, que para que sea posible la obtención de la indemnización es necesario, no solo que el despido sea calificado como nulo, sino además que tenga consideración de discriminatorio⁵².

3. Carga de la prueba

En primer lugar, debemos hacer referencia al art. 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que establece que es el demandado, en este caso, el empresario, quien debe probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En cuanto a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en su art. 96.1 lleva a cabo una especie de transcripción del artículo anterior pues dispone que en aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, entre otros, por razón de sexo, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En este sentido, el Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad recoge la inversión del *onus probandi*, incumbiendo al empleador la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con dichas causas⁵³.

De esta regulación podemos deducir que la carga de la prueba en estos procedimientos le corresponde al empresario quien, en el supuesto de despido disciplinario, deberá acreditar que realmente se ha producido alguna de las causas del art. 54.1 LET. No obstante, se nos plantea la cuestión de si la trabajadora deberá de probar los indicios de la vulneración del principio de no discriminación o no. En este sentido, la carga de la prueba ha estado estrechamente relacionada con la discusión doctrinal y jurisprudencial

⁵¹ Vid. STS de 12 de junio de 2001 (Recurso núm. 3827/2000)

⁵² Vid. STC 342/2006, de 11 de diciembre. Fundamento jurídico 7º

⁵³ RAMOS MARTÍN, N. E., “La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 37, 2015, p. 185

anteriormente mencionada sobre la necesidad de conocimiento por parte del empresario de la situación de embarazo de la mujer. De manera que, debemos distinguir, también, aquí dos momentos diferentes.

Por un lado, cuando nuestra jurisprudencia estimaba que el conocimiento del embarazo del empresario era presupuesto necesario para que el despido pueda ser discriminatorio y, por tanto, declarado nulo existía la exigencia de que la trabajadora debía presentar un principio de prueba, unos indicios de que realmente se ha cometido un acto ilícito de discriminación, pues sin esos indicios sería inadmitida la reclamación. Esto es así porque el despido se consideraba discriminatorio, con carácter general, y por tanto se requerían indicios, y el principal indicio es considerar que el empresario había tenido conocimiento de la situación de embarazo⁵⁴.

En este sentido, destacamos la STC 342/2006, de 11 de diciembre que examina un supuesto de despido disciplinario de trabajadora embarazada donde en las resoluciones recurridas se había considerado que el despido no tenía relación con el embarazo, sino con las irregularidades llevadas a cabo por la misma en su puesto de trabajo⁵⁵. Sin embargo, entendieron que tales irregularidades no eran motivo suficiente para aplicar una sanción tan grave como el despido, por no concretarse el grado de responsabilidad de la trabajadora, por lo que se consideró que la calificación del despido sería la improcedencia, no obstante, al tratarse de trabajadora embarazada, el despido debe ser nulo, pero no discriminatorio.

A pesar de ello, el TC considera que existen indicios suficientes para considerar el despido discriminatorio, debido al desenvolvimiento de la relación contractual entre las partes, ya que la empresa había precedido a hacer fija a la trabajadora y a aumentar su retribución antes de conocer su estado de embarazo, pero decide despedirla al mes siguiente de conocer su embarazo. Además de que las imputaciones que se dirigen contra la trabajadora en la carta de despido son genéricas, sin que la empresa haya justificado el

⁵⁴ GORELLI HERNÁNDEZ J., GÓMEZ ÁLVAREZ, T. *El despido disciplinario*, op.cit. p. 424.

⁵⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, p. 194.

grado de responsabilidad de la misma en las irregularidades detectadas en su departamento.

En su fundamento jurídico cuarto, el TC establece que cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, el propio tribunal, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, ha establecido que incumbe al empresario acreditar que su decisión se basa en motivos razonables y ajenos a toda intención de atentar contra el derecho de que se trate. En ese mismo fundamento establece que la prueba indiciaria se articula en un doble plano: El primero, *“la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”*. De esta forma, para que se produzca el desplazamiento de la carga de la prueba no basta con que el trabajador alegue una posible vulneración del derecho de igualdad y no discriminación, sino que deberá de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Asimismo, el TC considera que, en los casos en los que no quede acreditado el conocimiento del empresario, deben exigirse otros indicios que confirmen tal discriminación.

A partir de este momento, *“la empresa demandada asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales”*.

No obstante, en la STC 92/2008, de 21 de julio, al consolidar un supuesto de nulidad objetiva, automática, con base a la cual no es necesario el conocimiento del empresario, el Tribunal Constitucional exonera de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo. Por tanto, entendemos que la mujer solo tiene que probar que el despido y el embarazo se llevaron a cabo en el mismo lapso de tiempo. Y, en caso de estar disfrutando de alguno de los derechos propios de la conciliación de la vida familiar o laboral, o haber solicitado el disfrute de los mismos, deberá probar tal disfrute o solicitud.

Por tanto, si se considera que nos encontramos ante un supuesto que debe de enjuiciarse bajo los parámetros de la discriminación, la trabajadora deberá de aportar en juicio, y probar, la existencia de indicios de discriminación. Mientras que, si entendemos que estamos ante un despido producido dentro de un período especial de protección, otorgado por el legislador para reforzar la conciliación de la vida familiar y laboral y, por tanto, ante una nulidad objetiva y automática, bastaría con demostrar que la trabajadora estaba embarazada en el momento del despido⁵⁶, o que se encontraba en cualquiera de los supuestos ligados a la gestación, maternidad o permisos familiares, simplificándose así la posición probatoria.

En cuanto al empresario, se establece que deberá de probar la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de los derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral⁵⁷.

4. Extinción del contrato de la mujer embarazada en período de prueba

Para abordar la extinción del contrato de la mujer embarazada durante el período de prueba analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

⁵⁶ GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, op.cit. p. 427.

⁵⁷ GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, op.cit., p. 80.

Para ello, destacamos la reciente STC 173/2013 de 10 de octubre en la cual una trabajadora alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), pues los tribunales habían rechazado su pretensión de que se declarase la nulidad de la extinción del contrato durante el período de prueba, por tratarse de una trabajadora embarazada, aunque no constara que el embarazo fuera conocido por la empresa, a través de una interpretación restrictiva de lo recogido en el art. 55.5.b) LET. Por lo que la trabajadora solicita que la doctrina constitucional de las SSTC 92/2008 y 124/2009 se aplique también en la extinción del contrato en período de prueba.

En este caso, las sentencias impugnadas consideraban que para declarar nula la extinción del contrato de una trabajadora embarazada en el período de prueba es preciso la acreditación del carácter discriminatorio de la decisión extintiva, pues debe ser abordado desde la óptica del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, por lo que no resulta aplicable, por analogía, al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, la regla de la nulidad objetiva del art. 55.5.b) LET, debido a la distinta naturaleza jurídica del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba.

Como consecuencia, se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina utilizando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de abril de 2009, en la cual, en un asunto con las mismas características y sin que la empresa tuviera conocimiento del embarazo, aplicó la doctrina establecida en la STC 92/2008, declarando la nulidad objetiva de toda acción extintiva del contrato de trabajo sobre toda situación de embarazo⁵⁸.

A este respecto, el Tribunal Supremo establece que el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto. Por lo que basta que esté vigente el período de prueba, sin que sea necesario

⁵⁸ RAMOS QUINTANA, M.I., “Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. el impacto de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, en AAVV., *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, 1º edición, Huygens editorial, Barcelona, 2015, p. 51

llevar a cabo ninguna clase de comunicación especial, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE⁵⁹. Mientras que en el despido la ley exige requisitos de forma (por escrito y expresión de la causa) cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, el desistimiento empresarial durante el período de prueba no queda sujeto a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa, de manera que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato.

No obstante, esto no quiere decir que la empresa pueda extinguir la relación contractual sin ningún tipo de límite o exigencia, sino que debe respetar en todo caso los derechos constitucionales.

Además, determina que esas diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica permiten deducir que el legislador ha querido limitar la tutela reforzada del art. 55.5.b) LET al caso de despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba. Esto se puede deducir también del hecho de que la posterior Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, que amplía la protección de la mujer embarazada, no considerara oportuno extender esa regulación a supuestos distintos a la extinción del contrato por despido.

Asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que en este caso no existen indicios de discriminación, ya que no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo y, aunque los hubieran, resulta que en la misma fecha de resolución del contrato de la trabajadora se extinguió también el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, ambos motivados por no haber alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, excluyendo así el móvil discriminatorio de la decisión. Este último argumento podría aumentar la situación de precariedad de las mujeres embarazadas en el trabajo, en el sentido de que según la interpretación estricta de la argumentación llevada a cabo por el TS se podría entender que basta con que la

⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba”, revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2013, p. 7

empresa reproduzca una misma decisión extintiva con un varón para no permitir la inversión del *onus probandi*, y quedar liberada de toda sospecha de trato discriminatorio frente a la trabajadora gestante⁶⁰.

Es de destacar que la sentencia dictada por la Sala IV del TS el día 18 de abril de 2011 contó con un voto particular formulado por seis magistrados, demostrando así la disparidad de interpretaciones, dentro de la propia Sala, en cuanto a la tutela antidiscriminatoria de nuestro ordenamiento jurídico en relación con la situación de embarazo⁶¹.

En cuanto al Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia 173/2013, considera que el razonamiento del Tribunal Supremo satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por lo que resuelve en base a este derecho y no en relación al derecho de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. De manera que, al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no puede aplicarse la nulidad objetiva prevista por la Ley 39/1999, pues “*entre ambas instituciones existen suficientes diferencias sustantivas como para justificar un tratamiento diferenciado, reforzado en el caso del despido, en cuanto decisión necesariamente causal y motivada y cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor*”.

De esta forma, a la facultad resolutoria durante el período de prueba debe de aplicarse las reglas de distribución de la carga de prueba establecidas para el despido nulo del primer párrafo del art. 55.5 LET. Consecuentemente, se aplica la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria en los casos en que se invoca una discriminación por razón de sexo, de manera que, si la trabajadora no presenta indicios suficientes, no se produce la inversión de la carga de la prueba respecto del empresario.

⁶⁰ RAMOS QUINTANA, M.I., en AAVV., *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 53

⁶¹ RAMOS QUINTANA, M.I., en AAVV., *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 51

Vemos como la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional establece un nuevo escenario de desprotección de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba del contrato de trabajo, ante decisiones empresariales extintivas del mismo⁶² y supone un retroceso al gran avance llevado a cabo por las SSTC 92/2008 y 124/2009 limitando el blindaje protector de la situación de embarazo únicamente al despido. Además de que al exigir el conocimiento del empresario como requisito para entender que el despido es discriminatorio y, por tanto, nulo, contradice lo establecido literalmente en la STC 92/2008⁶³ acerca de la necesidad de que la trabajadora demuestre el conocimiento por un tercero “*de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluido el deseo de preservar un puesto de trabajo*”⁶⁴.

No obstante, esta sentencia consta de dos votos particulares. El primero, presentado por el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien no disiente del fallo de la sentencia, pero muestra su preocupación sobre qué tipo de indicios debería de aportar la trabajadora y si no habría que considerar indicio suficiente la situación de embarazo para proceder, entonces, a la inversión de la carga de la prueba hacia el empresario. Se pregunta si este extremo ha sido analizado con suficiente profundidad, pues a lo largo de toda la sentencia se afirma que la trabajadora no aportó indicios suficientes de discriminación, además de que no resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del embarazo lo que, a su parecer, implica sobre la trabajadora de modo excesivo una carga probatoria.

El segundo voto particular es el emitido por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhieren otros tres Magistrados, quien sí disiente de la decisión mayoritariamente adoptada, entendiendo que se debió de declarar la vulneración del art. 14 CE. Este Magistrado entiende que, a diferencia de lo sostenido por las SSTC 92/2008 y 124/2009, que defiende el Pleno en esta sentencia, el régimen previsto en el art. 55.5.b) no constituye un plus añadido por el legislador, sino que es un imperativo constitucional

⁶² RAMOS QUINTANA, M.I., en AAVV., *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 54

⁶³ RAMOS QUINTANA, M.I., en AAVV., *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 59

⁶⁴Vid. STC 92/2008, fundamento jurídico 8º

del art. 14 CE. De esta forma, establece que *“estos pronunciamientos parten de la distinción entre tutela intencional y tutela objetiva de la discriminación, situando la primera en el contenido esencial del art. 14 CE y la segunda en una especie de contenido adicional (...) de creación legal. Este contenido adicional de creación legal es el recogido en el art. 55 LET que otorga a las embarazadas una protección antidiscriminatoria automática y objetiva solo en los supuestos recogidos en el mismo. De manera que, dicha protección no beneficia a los restantes supuestos de extinción que son reconducibles al art. 14 LET, “al no haberse consumado esa misma opción de política legislativa: la consagración del contenido adicional del art. 14 CE”. Frente a esto, dispone que “la regulación del art. 55 LET no es un plus infraconstitucional inspirado por el art. 14 CE; es (...) la expresión o concreción de un imperativo de ese derecho fundamental. (...) el legislador, al limitar el alcance del art. 55 LET, ha dejado extramuros de su ámbito objetivo parte de los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas ha de contar, por mandato directamente deducible del art. 14 CE, de una protección reforzada, entre los que se encuentra, precisamente, la extinción en período de prueba.*

Consecuentemente, el Magistrado afirma que los desistimientos contractuales del empresario durante el período de prueba no necesitan una previa intermediación legislativa, pues disfrutan de una tutela directa que nace del contenido esencial del art. 14 CE. Y considera que, a pesar de que el despido causal se diferencie del desistimiento empresarial en período de prueba, al tratarse de instituciones jurídicas diferenciadas, existe una identidad de razón de la protección en los casos comparados. De manera que, si lo que se protege es la maternidad de las trabajadoras, a través de su derecho de igualdad y no discriminación, esta protección no puede hacerse depender de otros factores ajenos al contenido esencial del derecho. Además de que el supuesto debía de haber sido analizado desde la órbita del art. 14 CE y no del art. 24.1 CE.

Y concluye, determinando que la decisión del tribunal repercute en la efectividad de los derechos fundamentales, además de *“incrementar la situación de precariedad laboral en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas sometidas a un período de prueba”*.

Como reflexión final para concluir este trabajo es preciso señalar que, desde la incorporación de la mujer en el mundo laboral, se ha producido una bajada en la tasa de natalidad y un proceso de envejecimiento acelerado de la población, debido a la escasa protección que la maternidad ha tenido desde un principio en nuestro ordenamiento jurídico. Poco a poco esa desprotección ha ido menguando, pues el legislador ha creado medidas que amparan estas situaciones, como las mencionadas en este trabajo. No obstante, todavía queda un largo recorrido normativo y jurisprudencial para extender la protección y los beneficios de la maternidad a la mujer trabajadora, pues la sociedad debe de ser consciente de que, para aumentar la natalidad y, como consecuencia, para que el ser humano siga evolucionando, se debe evitar que por la tenencia de hijos las mujeres sufran situaciones de desventaja tanto en el acceso en el empleo; en las condiciones de trabajo; como en la promoción profesional.

Vemos como la realidad de las mujeres en el mundo laboral no afecta solo a la situación de maternidad, sino que, además, afecta al salario. Esto es así porque hoy en día existe una brecha salarial tal que las mujeres pueden cobrar hasta seis veces menos que los hombres en un trabajo de igual valor. Y esto ocurre a pesar de que las mujeres en España tengan más años de educación formal que los hombres y, por tanto, estén mejor formadas. Todo esto transcurre en un mercado de trabajo compuesto fundamental y mayoritariamente por hombres, donde solo el 17% de las consejeras de las grandes empresas son mujeres, una tasa que está muy por debajo de la media europea⁶⁵. De manera que, no solo se dificulta el acceso al trabajo, la conciliación de la vida familiar y laboral o las condiciones laborales, sino que además se dificulta la promoción profesional, pues el porcentaje altos cargos empresariales femeninos es completamente inferior al porcentaje masculino.

Como consecuencia, a pesar de que la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres sea un tema de indiscutible actualidad, todavía queda un largo camino para

⁶⁵PREVENCIÓN INTEGRAL [En línea] [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2017].

Disponible en internet:

https://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2016/10/26 diez-datos-que-demuestran-que-mujeres-sufren-discriminacion-laboral?utm_source=cerpie&utm_medium=email&utm_campaign=flash_24_11_2016

representar esa igualdad formal recogida en normas, tanto internacionales como nacionales, y convertirla en la igualdad material, real y efectiva.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Debe quedar claro que el principio de igualdad y el de no discriminación, a pesar de estar estrechamente relacionados entre sí, no tienen el mismo significado. De esta forma, el principio de igualdad supone la igualdad de derechos y oportunidades entre todos los seres humanos, mientras que la no discriminación podría definirse como la vertiente negativa del principio de igualdad, de manera que supone la prohibición de la utilización de condiciones personales o sociales como criterios distintivos que supongan una diferencia de trato injustificada. En cuanto a la discriminación por razón de sexo en la relación de trabajo, no sólo se manifiesta a través de un trato diferenciado fundado en el sexo del trabajador de forma directa, sino que, también se puede manifestar de una forma más sutil y común, basándose en razones o circunstancias relacionadas de forma inequívoca con el sexo femenino, como ocurre con el embarazo o la maternidad en el caso de las mujeres.

SEGUNDA. Dentro del principio de igualdad se deben diferenciar dos dimensiones diferenciadas. Por un lado, la igualdad formal que supone un mandato de igual trato jurídico a personas que están en una misma situación. Por otro lado, la igualdad material que tiene en cuenta la situación real en la que se encuentran los sujetos, con la finalidad de conseguir una equiparación real y efectiva de los mismos, a través de lo que se denomina la acción positiva. Las medidas de acción positiva son aquellas llevadas a cabo por los poderes públicos destinadas a eliminar las desigualdades de hecho que padecen determinados grupos definidos por el sexo, raza, etnia, religión, entre otros, como ocurre con las mujeres trabajadoras, con carácter general, y con las que se encuentran en estado de gravidez, con carácter más específico. Un ejemplo de acción positiva es el propio art. 55.5 LET al establecer la nulidad objetiva de los despidos formulados contra trabajadoras durante y después del embarazo.

TERCERA. Es preciso destacar que la igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede limitarse al marco legislativo, sino que debe centrarse en un cambio de hábitos, de conciencia de la ciudadanía, tanto de hombres como de mujeres pues, como ya se comentó en la introducción de este trabajo, la inferioridad de la mujer es un hecho que ha estado presente a lo largo de toda la historia de la humanidad. Por lo tanto, es estrictamente necesario materializar el contenido normativo a través de una educación para las nuevas

generaciones y de una reeducación de las ya existentes, ambas basadas en la idea de que el hombre y la mujer deben de encontrarse en igualdad de condiciones y de oportunidades, no solo en el ámbito laboral, sino en la sociedad con carácter general.

CUARTA. En cuanto al despido disciplinario, viene recogido en el art. 54 LET y podríamos definirlo como la figura jurídica que permite al empresario extinguir la relación laboral, como manifestación de su poder de dirección, debido a un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo subordinado. Se debe precisar que no todo incumplimiento del trabajador puede dar lugar a la extinción del contrato por despido disciplinario, sino solo aquellos que se caracterizan por ser graves y culpables, graduándose así la conducta incumplidora del trabajador que debe ser proporcional a la sanción impuesta por el empresario.

QUINTA. Es preciso destacar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general de limitación del despido, en virtud del cual se halla sometido a condiciones de fondo y forma, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que existan despidos sin causa. De esta manera, para la validez del despido disciplinario deben de cumplirse una serie de requisitos de forma dentro de los cuales distinguimos los requisitos generales y los especiales. En cuanto a los generales, hacen referencia a la carta de despido, donde figuran los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, así como la notificación de la misma. En cuanto a los especiales, hacen referencia a supuestos en los que el trabajador que se pretende despedir sea representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o que estuviera afiliado a un sindicato y el empresario tuviera conocimiento de ello.

Además de esto, es necesario que concurra alguna de las causas tipificadas en el art. 54 LET.

SEXTA. En cuanto a la modalidad procesal adecuada para la impugnación del despido disciplinario debe de tramitarse por los arts. 103 a 113 LRJS y no por el procedimiento específico para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 177 a 184 LRJS, debido al mandato imperativo del art. 184 LRJS que establece expresamente que, entre otras, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato, así como las sanciones impuestas por los empresarios en que

se invoque una lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán, y de forma inexcusable, por la modalidad procesal correspondiente.

SÉPTIMA. El procedimiento de impugnación del despido disciplinario con vulneración de derechos fundamentales tendrá la característica de preferente y sumario, en cumplimiento de la garantía constitucional recogida en el art. 53.2 CE. Además, en nuestro ordenamiento jurídico se recoge la garantía de indemnidad, que supone que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden derivar consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas de la persona que lo ejercita. Para ello, el art. 17.1. II LET establece que cualquier acción del empresario motivada por el hecho de que un trabajador ejercite una acción judicial debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula.

OCTAVA. Partiendo de lo dispuesto en los arts. 55.5 LET y 108.2 LRJS el despido disciplinario de una mujer trabajadora, tanto durante el estado de embarazo, como durante el disfrute de la baja por maternidad y nueve meses después del nacimiento del hijo, únicamente puede ser calificado como nulo o procedente. Esto se deduce del hecho de que ambos artículos solo prevén la posibilidad de que el despido no sea declarado nulo, cuando sea procedente, sin hacer mención alguna a la posibilidad de declaración de improcedencia. Para que sea procedente, es necesario que el empresario cumpla con los requisitos de forma, debiendo acreditar la existencia del incumplimiento de la trabajadora, a través de una causa real, suficiente y seria que pruebe que no hubo móvil discriminatorio por razón de sexo.

NOVENA. En cuanto a la nulidad del despido de la trabajadora tanto durante el estado de gravidez como con posterioridad al mismo, ha existido una discusión doctrinal y jurisprudencial tanto por parte del TS como por el TC, donde ha marcado un antes y un después la ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Por lo tanto, en un primer momento y antes de la reforma, tanto el TS como el TC apostaron por una tesis de nulidad subjetiva, en virtud de la cual el despido de una trabajadora durante y después del embarazo se englobaba como un supuesto general de no discriminación, por lo que era necesario el conocimiento de la situación de embarazo por el empresario para poder deducir que existe algún móvil discriminatorio en el despido. Sin embargo, aún después de la reforma que la ley 39/1999 estableció en el art. 55.5 LET,

el TS siguió sin reconocer que esos supuestos especiales de nulidad suponían un blindaje a la situación de embarazo y lo continuó englobando como supuesto dentro de la discriminación con carácter general, aplicando la tesis subjetiva.

Es importantísimo resaltar que el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye, en la actualidad, junto con la desigualdad retributiva, el problema más importante con el que se enfrenta el principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. Por lo que, el TC, consciente de ello, ha establecido en sus SSTC 92/2008 y 124/2009 una tesis de nulidad objetiva, contradiciendo lo establecido en sus sentencias anteriores y aumentando el blindaje protector de la situación de embarazo de la mujer trabajadora. De manera que, esta nulidad opera de forma automática sin que sea necesario que la trabajadora acredite el conocimiento del empresario de su situación de gravidez.

DÉCIMA. Esta nulidad objetiva supone que la trabajadora solo tiene que probar que el embarazo y el despido tuvieron lugar en el mismo lapso de tiempo Y, en caso de estar disfrutando de alguno de los derechos propios de la conciliación de la vida familiar o laboral, o haber solicitado el disfrute de los mismos, deberá probar tal disfrute o solicitud. En cuanto al empresario, deberá de probar la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de los derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

UNDÉCIMA. Esa especial protección establecida por la jurisprudencia del TC en relación al despido de la mujer embarazada se ve limitada por completo en la STC 173/2013 donde se reconoce que ese blindaje especial solo es aplicable en supuestos de despido y no en otras instituciones laborales de extinción del contrato de trabajo como, por ejemplo, la decisión unilateral del empresario de poner fin al contrato de una mujer embarazada en período de prueba. Vemos como esta sentencia supone un retroceso absoluto a la evolución lograda por las anteriores SSTC 92/2008 y 124/2009, ya que, a pesar de que el tribunal en un primer momento establezca que debe protegerse toda situación de embarazo de toda mujer trabajadora, en esta sentencia se limita esa protección al despido, haciendo depender la tutela del derecho de igualdad y no discriminación de factores ajenos al contenido esencial de los mismos, como es el hecho de que el despido se realice en período de prueba o no.

Por tanto, entendemos que existe una contradicción ilógica entre ambas doctrinas constitucionales pues si lo que se protege es la maternidad en sentido estricto, ésta no puede depender de si se trata de un despido o no. De manera que debería de aplicarse esa especial protección en cualquier supuesto.

DUODÉCIMA. Como consecuencia de lo anterior, el despido de trabajadora embarazada en período de prueba se reconduce al supuesto genérico de vulneración del derecho fundamental de no discriminación del art. 14 CE, exigiéndole que presente indicios suficientes de que existe tal vulneración del derecho fundamental, siendo el principal indicio el conocimiento de la situación de embarazo por el empresario. Al establecer esto, el TC se aleja, de nuevo, de lo dispuesto en las SSTC 92/2008 y 124/2009 donde eximía a la trabajadora de la carga de tener que demostrar el conocimiento de un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona, pudiendo verse lesionado el derecho fundamental a la intimidad de la mujer embarazada.

DÉCIMO TERCERA. Por tanto, es necesario que se revise esta jurisprudencia de forma que la protección de las trabajadoras embarazadas conforme lo establecido en el art. 14 CE se amplíe a todos los ámbitos, no solo a la extinción del contrato de trabajo, sino también en relación al acceso al empleo, de manera que el empresario no pueda decidir no contratar a una mujer por el hecho de estar embarazada o, incluso, por el hecho de querer estarlo algún día, ya que en la actualidad en muchas entrevistas de trabajo alguna de las preguntas realizadas por el empleador hacen referencia a las intenciones de la mujer de casarse, de tener hijos o de formar una familia, preguntas que no tienen ninguna relación con la cualificación laboral de la mujer y que forman parte de su vida privada. Por tanto, como ya se mencionó anteriormente, la tenencia de hijos no debería condicionar a las mujeres a la hora de poder acceder a un puesto de trabajo o de promocionarse en el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la Constitución Europea”, *Revista del Foro Constitucional iberoamericano*, núm. 8, 2004.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*. 24ª edición, Ramón Areces, Madrid, 2016.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H., [En línea] [Fecha de consulta 4 de abril de 2017]. Disponible en internet: <http://www.iuslaboralistas.com/wp-content/uploads/2015/09/PONENCIA-CARLOS-PRECIADO-IGUALDAD-Y-NO-DISCRIMINACION.pptx>

ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., “El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la STS de la Sala IV, de 19 de Julio de 2006”, *Aranzadi social*. núm. 5, 2006.

GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, 1ª edición, Difusión Jurídica y temas de Actualidad, Madrid, 2008.

GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, 2ª edición, Lex nova, Valladolid, 2010.

GIL y GIL, J.S. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *La protección contra el despido disciplinario*, 1ª edición, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencia básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 3, 2007.

ELORZA GUERRERO, F., *La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas*, *Temas laborales*, 2009, núm. 98.

MUNÍN SÁNCHEZ, L., “Nulidad del despido durante el embarazo. A propósito de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008”, AFDUDC, núm. 13, 2009.

CARRASCO DURÁN, M., “La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 875 parte Comentario, Aranzadi, 2013.

RAMOS MARTÍN, N. E., “La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 37, 2015.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, 2008.

RAMOS QUINTANA, M.I., “Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. el impacto de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, en AAVV., *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, 1º edición, Huygens editorial, Barcelona, 2015

MONTOYA MELGAR, A., El principio de igualdad y no discriminación: presentación general, en AAVV, *Jornada sobre igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, 1º edición, Asturias, 2008

SEMPERE NAVARRO, A. V., Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba, revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2013

PREVENCIÓN INTEGRAL [En línea] [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2017]. Disponible en internet:
https://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2016/10/26 diez-datos-que-demuestran-que-mujeres-sufren-discriminacion-laboral?utm_source=cerpie&utm_medium=email&utm_campaign=flash_24_11_2016

PARLAMENTO EUROPEO [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet:
http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.8.html