

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE UNA TRABAJADORA
EMBARAZADA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA.
COMENTARIO A LA STC (PLENO) 173/2013 DE 10 DE OCTUBRE
(RTC 2013, 173)

TERMINATION OF CONTRACT OF A PREGNANT WORKER
DURING THE TRIAL PERIOD. COMMENT ON STC (OPEN
COURT) NO. 173/2013 OF 10 OCTOBER (RTC 2013, 173)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 480-489



Eduardo
Enrique
TALÉNS
VISCONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La protección que se desprende del artículo 55.5 b) ET y que supone la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada (salvo que se pruebe la procedencia del mismo) no se extiende al periodo de prueba.

PALABRAS CLAVE: Extinción de contrato, trabajadora embarazada, analogía, discriminación, nulidad objetiva.

ABSTRACT: The protection can be deduced from article 55.5 b) ET and involves objective nullity of the dismissal of pregnant worker (unless the objectivity of dismissal is proved) does not extend the trial period.

KEY WORDS: Termination of contract, pregnant worker, analogy, discrimination, objective nullity.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. La nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada no se extiende al periodo de prueba.- II. Comprobación de que la extinción del contrato de la embarazada no obedece a ningún móvil discriminatorio.- III. Votos particulares.

SUPUESTO DE HECHO

La STC 173/2013, de 10 de octubre, resuelve el caso de una trabajadora embarazada que fue contratada por una empresa como comercial en fecha de 24 de junio de 2009, pactándose un periodo de prueba de dos meses. El 4 de agosto de 2009, todavía dentro del referido periodo de prueba, la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por no superación del mismo, en concreto por no haberse alcanzado los objetivos de ventas. En esa misma fecha la empresa comunicó, por idéntica razón, a otro trabajador la extinción de su contrato.

Frente a esta decisión la trabajadora interpuso demanda solicitando la nulidad de la extinción. La SJS Madrid 2 diciembre 2009 desestimó la demanda puesto que no se había probado que la empresa hubiera conocido el estado de gravidez de la trabajadora, mientras que lo que sí que había quedado acreditado fue que en la misma fecha también se comunicó la extinción a otro compañero basada en las mismas razones objetivas.

Contra la anterior sentencia interpuso la actora recurso de suplicación que fue igualmente desestimado por la STSJ Madrid 11 junio 2010, que consideró que la extinción durante el periodo de prueba sólo sería nula si resultara discriminatoria, extremo que al igual que en la sentencia de instancia fue descartado.

En un supuesto idéntico, la STSJ Castilla la Mancha 8 abril 2009 resolvió en sentido opuesto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que como se sabe, conoció del supuesto acabado de exponer. Se unificó doctrina a favor de esta última (con algunas voces discrepantes) por la STS 18 abril 2011. El Tribunal Supremo consideró que la nulidad objetiva de los despidos en caso de embarazo establecida en el artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable al desistimiento durante el periodo de prueba. Por lo tanto, la extinción del contrato durante este periodo será nula (como cualquier otra decisión extintiva) cuando se

• **Eduardo Enrique Taléns Visconti**

Es investigador en formación "Atracció de Talent" en la Universidad de Valencia. Es licenciado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho por la Universidad de Valencia y Máster en Derecho, Empresa y Justicia también por ésta última. Galardonado en dos ocasiones con el Premio de Investigación Tomás y Valiente. Es autor de múltiples artículos y capítulos de libro, en especial sobre temas relacionados con los derechos fundamentales y sobre la disciplina laboral en general.

produzca con vulneración de derechos fundamentales, siendo que, en el presente caso no existió ninguna lesión sobre la trabajadora embarazada.

Agotada la vía ordinaria se plantea recurso de amparo ante el TC en la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). El recurso se basó en la doctrina sentada del propio TC, establecida mediante las SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, así como en el voto particular de la STS 18 abril 2011.

El TC, mediante la sentencia comentada, resolvió, denegando el amparo por los motivos, que a continuación se pasarán a sintetizar:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TC comienza su argumentación exponiendo la doctrina que este mismo órgano sentó mediante sus SSTC 92/2008 y 124/2009. En ella vino a considerar que en caso de despido sobre una trabajadora embarazada el art. 55.5 b) ET predica una nulidad sobre el mismo, el cual opera automáticamente y ello pese a que la empresa ignore el estado de gestación de la trabajadora (salvo claro está que se demuestre la procedencia del mismo por motivos no relacionados con el embarazo). Se trata, en suma, de una nulidad objetiva, instaurándose así un “mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional”.

Aceptando como válida la doctrina aplicable sobre el despido de una trabajadora embarazada, el TC se plantea si esta doctrina puede extenderse al supuesto enjuiciado, es decir, para los casos de extinción del contrato durante el periodo de prueba. Sobre este particular el Constitucional concluye que no puede resultar aplicable en estos casos la nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada establecida por el art. 55.5 b) ET “dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato de trabajo en el periodo de prueba”. Se explica por el Constitucional que las diferencias entre el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba y el despido son sustanciales, puesto que en este último la Ley exige unos requisitos de forma y una causalidad inexistentes en el desistimiento durante el periodo de prueba, donde existe una clara atenuación del principio de prohibición de libre extinción del contrato.

No en vano, el TC considera que la facultad para extinguir el contrato durante el periodo de prueba “no es omnímoda, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales”. En este sentido, la extinción sería nula cuando se haya llevado a cabo mediante la violación de derechos fundamentales, y en el concreto caso que nos ocupa cuando ésta hubiera sido como reacción al

estado de gestación de la trabajadora. Resta por lo tanto dilucidar si en el presente caso se ha extinguido el contrato de forma discriminatoria o no. Como primer indicio de la inexistencia de discriminación por razón de sexo se maneja el dato de que en ningún momento ha quedado acreditado de que la empresa conocía el estado de embarazo de la trabajadora. Por el contrario, lo que sí que consta acreditado es que en la misma fecha la empresa comunicó la extinción de otro trabajador (varón) que había sido contratado en idénticas condiciones, y ambos casos por no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato, por lo que tal decisión fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO DE UNA MUJER EMBARAZADA NO SE EXTIENDE AL PERIODO DE PRUEBA.

Como se acaba de ver en los apartados anteriores, el supuesto que trata de solucionar el TC (así como los precedentes órganos jurisdiccionales) es el del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de una trabajadora que se encuentra en estado de gestación. La cuestión más problemática consiste en dilucidar si la previsión sobre la nulidad automática establecida en el art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores [en adelante, ET] e incorporada por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, puede resultar extensible a los supuestos de extinción durante el periodo de prueba.

En el art. 55.5 b) ET, se contiene, de acuerdo con la doctrina judicial del Tribunal Constitucional fijada en SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, una previsión de nulidad objetiva para aquellos despidos realizados sobre una mujer embarazada con independencia de que el empresario conociera o no tal estado de gravedad, excepto que acontezcan las causas legales esgrimidas por el empresario, cuestión ésta que se debe de acreditar. El TC consideró que el legislador ha relevado a la trabajadora la prueba del conocimiento o no de su embarazo por parte de la empresa. En este sentido, el despido solamente puede adquirir dos signos, o bien ser procedente, por acreditarse efectivamente las causas objetivas o disciplinarias, o en su defecto ser nulo, con la obligación por parte de éste de readmitir a la embarazada y de abonar los correspondientes salarios de tramitación.

La doctrina del TC sobre la protección otorgada por el art. 55.5 b) ET respecto al despido efectuado sobre una trabajadora encinta quedó más o menos sentada hace algunos años, pero el problema deviene en si la misma puede resultar aplicable a la extinción durante el periodo de prueba, y ello porque el legislador no amplió expresamente la mayor protección que supone la objetivación de la nulidad del despido a otros supuestos, en especial, al desistimiento durante el periodo de prueba [Bajo García, I. "Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el periodo de prueba". *RGDT* (2014), 36, 130].

Sobre este particular, la STC 173/2013 considera que el sistema de tutela objetiva contemplado en el art. 55.5 b) ET no es el único posible, ni tampoco el único que garantiza suficientemente la tutela frente a la discriminación por razón de sexo. En este sentido, pone como ejemplo la protección existente con anterioridad a la modificación realizada por la referida Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Junto con ello, el Alto Tribunal reflexiona, con razón, que la comentada protección reforzada en caso de despido no puede extenderse por analogía a los casos de desistimiento empresarial, y ello por las diferencias existentes entre una y otra institución.

Esto es así porque, aunque el TC no lo mencione, el art. 4 CC permite la interpretación analógica de una norma cuando se “aprecie identidad de razón”. Este concepto parece no darse entre el despido y el libre desistimiento durante el periodo de prueba cuyas notas definitivas son *ex lege* claramente distintas entre sí. En este sentido, no cabe duda de que en nuestro ordenamiento laboral el despido ha de ser siempre causal y debe obedecer a alguno de los motivos establecidos legalmente, mientras que el periodo de prueba existe precisamente para comprobar si el trabajador cumple los objetivos del puesto de trabajo y por ende, la libre extinción del contrato se encuentra claramente atenuado.

Junto con ello, los requisitos de forma exigibles para la realización del despido tampoco son predicables para el libre desistimiento por parte del empresario durante el periodo de prueba. Precisamente estas diferencias respecto a la atenuación de la causalidad y formalidad durante el periodo de prueba han sido utilizadas para argumentar que el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo debe ser especialmente relevante en estos casos, donde la vulnerabilidad se incrementa y por ello la protección de la nulidad objetiva ha de extenderse con más motivo en estos casos de extinción causal (Bajo García, I. “Embarazo y nulidad objetiva”, cit., 137).

No cabe desconocer, como se señala en el voto particular, que la prohibición de discriminación por razón de sexo emana directamente del art. 14 CE, y que por lo tanto, pese a la imposibilidad de aplicar analógicamente el art. 55.5 b) ET al supuesto de extinción durante el periodo de prueba, el poder rescisorio del empresario debe quedar limitado por esta circunstancia. Esta cuestión es aceptada por el ponente de la sentencia comentada, cuando se dice que la facultad extintiva durante el periodo de prueba por parte del empresario “no es omnímoda, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales”.

En este sentido, entiendo que, pese a que la nulidad objetiva contenida para los despidos en el art. 55.5 b) no se pueda extrapolar al supuesto de extinción del contrato durante el periodo de prueba, y pese a que en el art. 14 ET (referido a este periodo) no se contenga ninguna mención al respecto, el art. 14 CE sería plenamente aplicable, y con base a éste si quedara probada la discriminación la medida extintiva ésta debería resultar nula. Por lo tanto, la protección que se debe de dispensar a las

trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba es la misma que la ofrecida para cualquier tipo de discriminación y no la del referido art. 55.5 b) ET. De este modo, habrá que estar al caso concreto para dilucidar si una medida extintiva ha sido tomada de forma objetiva, o *a sensu contrario*, el móvil ha sido discriminatorio, es decir, si la medida ha tenido como finalidad prescindir de los servicios de una trabajadora por el hecho de estar ésta embarazada. En este sentido, la carga de la prueba sobre la medida adoptada correrá a cargo del empresario siempre y cuando la parte demandante haya aportado indicios sobre este trato desigual.

II. COMPROBACIÓN DE QUE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE LA EMBARAZADA NO OBEDECE A NINGÚN MÓVIL DISCRIMINATORIO.

Llegados a este punto se debe de analizar si la actuación llevada a cabo por parte del empresario extinguiendo el contrato de la trabajadora embarazada ha vulnerado algún derecho fundamental, en concreto, en lo referido a la discriminación por razón de sexo. Sobre este menester cabe tener en cuenta que la trabajadora en ningún momento ha podido acreditar que había transmitido esta información al empresario, puesto que consta en los hechos probados que éste no era conocedor de la situación de gravidez de la trabajadora, cuya gestación se encontraba en los primeros meses.

Por ello, un argumento a favor de que el móvil de la decisión no ha sido discriminatorio es precisamente el hecho de que el empresario difícilmente puede actuar con ánimo segregacionista si desconocía el estado de gestación de la trabajadora. No sirve en estos casos la doctrina del TC para casos de despido cuando interpreta que el conocimiento por parte del empresario no es relevante para esos casos, porque ya se ha comentado con anterioridad que la misma no puede extenderse al supuesto de extinción durante el periodo de prueba. Por lo tanto, en este último caso el desconocimiento por parte del empresario puede actuar como un indicio más para valorar la objetividad de la medida.

Pero estos indicios no acaban solamente con el referido desconocimiento por parte del empresario, sino que en los hechos probados queda reflejado como la empresa ha aportado pruebas demostrando que el motivo de la extinción se debía a la cifra de ventas de la comercial. En este sentido, se alega que durante el periodo que la trabajadora llevaba trabajando (algo más de un mes) no había llegado al volumen de ventas esperado y requerido por la empresa. Es ésta una razón objetiva probada en juicio y que nada tiene que ver con ningún móvil discriminatorio. Este es, sin duda, el dato que de forma más férrea permite aceptar como válida la extinción y descartar que ésta haya sido tomada por motivos relacionados con el embarazo de la trabajadora, puesto que además de que el empresario desconocía este dato, aporta un elemento o razón objetivo de la extinción. En este sentido, el empresario acredita

que la decisión de desistir del contrato de la trabajadora fue por la no superación del periodo de prueba válidamente concedido al no alcanzar los objetivos esperados.

Junto con los anteriores el TC también maneja otro indicio, consistente en que en el mismo día en que la empresa comunicó a la trabajadora embarazada la extinción de su contrato hizo lo propio con el de otro trabajador varón contratado en el mismo momento y que se encontraba también dentro del periodo de prueba.

Así lo considera el TC al expresar que en el mismo día “se extinguió por el mismo motivo el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, lo que vendría a demostrar que la decisión extintiva fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía”.

Quisiera en este momento alertar sobre el peligro que la interpretación de este indicio pudiera tener sobre posibles futuras actuaciones fraudulentas, tal y como se asevera en el primer voto particular de la Sentencia. Por este motivo, este indicio debe ser considerado con las debidas cautelas, puesto que de acogerse literalmente podría suponer que cualquier empresario, con el único fin de desterrar la prueba sobre una extinción discriminatoria, proceda a hacer lo propio con otro trabajador varón.

Por lo tanto, considero que esta argumentación realizada por parte del TC, en este asunto concreto, no debería extenderse sin más a otros posibles pronunciamientos. No critico su utilización en el concreto caso de la sentencia comentada, donde ha sido utilizado junto a dos indicios más, y donde se constata que el trabajador cuyo contrato se extinguió junto al de la embarazada fue contratado en el mismo día que ésta y despedido el mismo día por la misma causa objetiva. La confluencia de las tres causas o hechos probados suponen que la extinción fue realizada sin contravenir ningún derecho fundamental, sino que obedecía a criterios objetivos.

III . VOTOS PARTICULARES.

La sentencia comentada contiene dos votos particulares.

El primero versa simplemente sobre algunas cuestiones aclaratorias o precisiones de detalle realizadas sobre la opinión del Pleno. De entre ellas cabe destacar una idea que ha sido compartida en el epígrafe anterior: Como se ha comentado, cabe llamar la atención sobre las cautelas con las que se debe de acoger el argumento basado en que el hecho de que en la misma fecha fuera extinguido el contrato de trabajo de otro trabajador varón haría desvirtuar el móvil discriminatorio. En efecto, se advierte desde el primer voto particular del peligro que podría devenir de esta lógica deductiva, puesto que podría dejar abierta la veda a que en el futuro

un empresario lograra cubrir una extinción discriminatoria con el mero hecho de prescindir en el mismo momento de otro trabajador/a que estuviera también en periodo de prueba.

Bajo mi punto de vista la extinción del contrato de una mujer embarazada sostenida únicamente en el argumento de que en la misma fecha se ha hecho lo propio con el contrato de otro/a trabajador/a difícilmente debería de pasar a considerarse como ausencia de discriminación. Como sabemos, este no es el caso del supuesto resuelto por el TC mediante la sentencia comentada en estas páginas, puesto que aquí existen otros indicios y pruebas que hacen decaer el móvil discriminatorio de la decisión, en especial el hecho de que el empresario haya podido acreditar unas razones objetivas (no haber cumplido con las cifras de ventas esperadas).

El segundo voto particular constituye una oposición manifiesta sobre el fondo del problema resuelto por el Pleno del TC en la sentencia comentada. En este sentido, en este segundo voto se considera que la referida sentencia no se ha realizado una “recta interpretación de las garantías que del art. 14 CE, segundo inciso, que se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el cambio de las relaciones laborales”.

De este modo, considera que la nulidad automática en caso de despido de una mujer embarazada contenido en el art. 55.5 b) ET es un imperativo de la propia Constitución ex art. 14 CE, y que no consiste en un mero plus añadido por el legislador. En este sentido, se dice que las mujeres embarazadas disfrutan de una tutela directa sin necesidad de intermediación legislativa. Se critica, por tanto, que se asigne una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, en una situación que, por lo demás, supone una mayor precariedad laboral. Asimismo, se aduce que el elemento intencional no es determinante para violentar un derecho fundamental, y en concreto se argumenta que: “se pueden suceder lesiones del derecho fundamental objetivas, aunque no haya ánimo de discriminar.”

Por todo ello, desde el voto particular se concluye que la única respuesta posible para el caso resuelto por el Pleno debería pasar por declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas así como el derecho de la recurrente a reincorporarse a su puesto de trabajo. La resolución que considero que resulta más apropiada conforme a derecho en este supuesto es la opción mantenida por la mayoría del Pleno del TC con los argumentos y consideraciones mantenidos en las páginas precedentes, si bien resulta interesante aportar la opinión de estos dos votos particulares, en especial de este último, para animar a la reflexión personal del lector.

