

Información Laboral

2014-REVISTAS

Número 1 (Enero)

Jurisprudencia

La jurisprudencia de cerca

1. La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección (DANIEL PÉREZ DEL PRADO)

Jurisprudencia

La jurisprudencia de cerca

1 La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección^{*)}

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor Ayudante Universidad Carlos III de Madrid

ISSN 0214-6045

Información Laboral 1

Sumario:

1. La tutela constitucional de las trabajadoras embarazadas: su núcleo esencial
2. Los efectos de la STC 173/2013: el periodo de prueba y los contratos temporales
3. ¿Y ahora qué? La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada

1. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS: SU NÚCLEO ESENCIAL

El modo en que nuestro ordenamiento jurídico articula la protección de las trabajadoras embarazadas frente a la discriminación por razón de género en el ámbito laboral (o, desde una perspectiva próxima, discriminación por razón del embarazo (Alonso Olea, M., 1988)) es una cuestión que no ha estado exenta de polémica. Su regulación, lejos de ser clara, ha servido y sirve para sostener las posturas más diversas en torno al modo y alcance que han de tener las garantías frente a tratos discriminatorios.

A pesar de ello, la jurisprudencia, y también la normativa, han experimentado un proceso evolutivo que se ha venido caracterizando por su continuo agravamiento, esto es, se ha tendido hacia un reforzamiento de los mecanismos de protección frente a este tipo de comportamientos prohibidos. La sentencia a cuyo estudio nos dedicamos supone el último paso en esa tendencia, si bien es cierto que, como veremos, contribuye más a una delimitación negativa que a potenciar esta línea de acción jurídica.

A este respecto, previamente resulta conveniente subrayar el papel central que sobre esta concreta cuestión tiene la STC 92/2008, de 21 de julio (BOE 19-08-2008, núm. 200), posteriormente ratificada por la STC 124/2009, de 18 de mayo (BOE 20-06-2009, núm. 149). Hasta su aparición, la tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas era homogénea, siguiendo el esquema clásico de este tipo de situaciones en las que está en juego la garantía del art. 14 CE. Así, se aplicaba el canon de enjuiciamiento típico y más garantista, dado el derecho fundamental implicado, consistente en exigir a la trabajadora la acreditación de una serie de indicios acerca de la existencia de una conducta discriminatoria basada en su embarazo para, en tal caso, proceder a la inversión de la carga de la prueba, de tal suerte que era entonces cuando correspondía al empresario demostrar la ausencia de cualquier móvil discriminatorio.

A partir de la mencionada sentencia la situación cambia radicalmente, lo que no evitó (más bien propició) que se formularan algunas críticas. En particular, éstas pueden sintetizarse en dos argumentos básicos: a saber, una supuesta invasión del control de la legalidad constitucional atribuido a la jurisdicción ordinaria y la propia existencia de un mecanismo de tutela objetiva en nuestro ordenamiento jurídico (Borrajó Dacruz, E., 2009) (Fernández López, M. F., 2008) (Sempere Navarro, A. V., 2008). De hecho, precisamente lo que vino a razonar el TC fue que, sobre la base de la nueva redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, «la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo» (FJ. 8). Así pues, a los ojos del Tribunal Constitucional, el legislador había introducido un mecanismo de acción positiva para el específico caso de las trabajadoras embarazadas, lo que no solamente reforzaba las garantías frente a discriminación, sino que simplificaba sobremanera su enjuiciamiento. A pesar de la controversia suscitada, que se manifestó *ad extra*, pues la sentencia no tuvo votos particulares, lo cierto es que esta resolución tuvo la virtud de zanjar de una forma clara y rotunda el modo en que debía articularse la protección constitucional de las trabajadoras embarazadas en el contexto del despido.

Con esta nueva doctrina constitucional, asumida posteriormente por el Tribunal Supremo a partir de la STS 17-10-2008 (Rº. 1957/2007), con reflejo, entre otras, en las posteriores SSTS 16-01-2009 (Rº. 1758/2008), 17-03-2009 (Rº. 2251/2008), 13-04-2009 (Rº. 2351/2008), 30-04-2009 (Rº. 2428/2008) y 6-05-2009 (Rº. 2063/2008), la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada en relación con su despido se encauza de un modo objetivo, de tal suerte que, en lo que hace al canon para su enjuiciamiento, a la trabajadora le basta con acreditar que se encuentra embarazada en el momento del despido para que automáticamente se invierta la carga de la prueba, correspondiendo al empresario demostrar la procedencia del despido. Así las cosas, da igual cuál fuera la intención de éste, si tenía o no un ánimo discriminatorio. La calificación del despido se moverá entre la nulidad y la procedencia, sin necesidad de aportar ningún otro elemento al margen del hecho del embarazo, de una parte, y una causa legal del despido, de otra.

Nótese que esta tutela reforzada surge de una reforma legal. El resultado final, como muy didácticamente explica uno de los votos particulares de la sentencia que comentamos, es similar al del derecho de libertad sindical, en el que nos encontraríamos con un contenido o

núcleo esencial, emanado del propio derecho a la no discriminación, y un contenido adicional, de configuración legal (aunque no orgánica), en este caso más garantista que el previsto en el propio art. 14 CE.

A pesar de lo sustancial del cambio, éste no fue radical, pues la propia STC 92/2008 parecía admitir (al menos no lo descartó) la conservación del viejo canon de enjuiciamiento o, más correctamente, de los mecanismos de tutela antidiscriminatoria anteriores a la instauración del «automático-objetivo» (Fabregat Monfort, G., 2009). «La garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal» (FJ. 9). Dicho de otra forma, si el mecanismo previsto se instauró en sede de la institución del despido, cabía preguntarse qué ocurría en supuestos distintos a éste, aun próximos, como la extinción durante el período de prueba o por expiración del plazo previsto en caso de contrato temporal.

2. LOS EFECTOS DE LA STC 173/2013: EL PERIODO DE PRUEBA Y LOS CONTRATOS TEMPORALES

Precisamente a uno de esos ámbitos no expresamente resueltos se refiere la STC 173/2013, de 19 de octubre (BOE 07-11-2013, núm. 267). El supuesto de hecho es aparentemente sencillo pues lo que en el fondo se dilucida es si el sistema de tutela objetiva previsto para el caso de despido es extensible a otros supuestos próximos y, en particular, a la extinción del contrato por no haber superado el período de prueba.

Para su resolución, el TC opta por aplicar el mismo canon que en los casos anteriores, esto es, el reforzado de enjuiciamiento de la tutela judicial efectiva. Así, no se trata de determinar si ha existido una vulneración directa de lo dispuesto en el art. 14 CE, sino si la interpretación que del mismo hicieron los órganos jurisdiccionales es acorde con la conjunción del anterior con el art. 24 CE.

A este respecto, llega a la conclusión de que la aplicación del criterio agravado de enjuiciamiento fue acorde con las exigencias constitucionales. Para ello, hace suya la argumentación del Tribunal Supremo en la sentencia recurrida (STS 18-04-2011, Rº. 2893/2010) que podemos resumir como sigue: i) lo que la recurrente solicita es la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET a la extinción del contrato durante el periodo de prueba; ii) para poder recurrir a la analogía resulta preciso que exista una «identidad de razón esencial» entre el supuesto regulado, el despido, y el carente de regulación expresa, el periodo de prueba; iii) no existe tal identidad necesaria entre las instituciones implicadas pues, conforme a la jurisprudencia del TS, «mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales» (FJ 4). Dicho esto, lo cierto es que el TS hizo más hincapié en otro aspecto complementario, no menos importante, que resulta preciso traer también aquí, cuál es el supuesto efecto negativo que una excesiva protección podría tener sobre la empleabilidad del colectivo de las trabajadoras, especialmente afectadas por el problema del desempleo .

Sea como fuere, el hecho de que no se pueda aplicar el sistema de tutela objetiva al periodo de prueba no implica que supuestos como el enjuiciado estén huérfanos de control constitucional, ni siquiera de un control agravado. Todo lo contrario, reproduciendo el pasaje de la STC 92/2008 anteriormente transcrito, el TC aclara que procederá aplicar el canon clásico de enjuiciamiento de discriminación por razón de sexo. Esto implica que corresponde a la trabajadora embarazada aportar un panorama indiciario suficiente como para activar el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, mecanismo de garantía situado en un escalón inferior que el sistema objetivo, pero no por ello carente de tutela reforzada.

Puesto que los últimos años han estado dominados por el sistema objetivo, no está de más recordar qué se entiende por indicios racionales de discriminación. Como la propia sentencia recuerda, resultan precisos tres requisitos básicos: 1) que la trabajadora se encuentre embarazada, 2) que se produzca un acto extintivo coetáneo (en este caso, distinto del despido); y 3) que exista una conexión entre ambos. En relación con este último requisito, ocupa un lugar central el conocimiento del embarazo, por cualquier medio, por parte de la empresa. Esto implica que no es necesario que la trabajadora lo comunique expresamente, sino que basta con que el empresario tenga conocimiento de ello por cualquier medio, ya sea directo o indirecto o, incluso, en un momento posterior (STC 62/2007, de 27 de marzo -BOE 26-04-2007, núm. 100-).

Pues bien, aún constituyendo este último un elemento central, debería añadirse que, siendo necesario, no resulta suficiente para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Antes al contrario, hasta la fecha la doctrina constitucional viene exigiendo la concurrencia de algún otro elemento adicional: «el mero dato del conocimiento por parte de la empresa y posterior despido no puede constituir (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo» (STC 342/2006, de 11 de diciembre -BOE 16-01-2007, núm. 14-; en el mismo sentido, las SSTC 41/2002, 25 de febrero -BOE 03-04-2002, núm. 80- y 17/2003, de 30 de enero -BOE 05-03-2003, núm. 55-). En particular, y por lo que hace al período de prueba, se entendió que constituían indicios racionales de discriminación el hecho de haber superado previamente otro período de prueba, haber cubierto los objetivos fijados y que la extinción del contrato se produjera inmediatamente después de sucesivas bajas motivadas por embarazos (STC 17/2007, 12 de febrero -BOE 14-03-2007, núm. 63-). En otras ocasiones, sin embargo, las exigencias fueron menores, bien es cierto que había mediado una comunicación expresa del embarazo a la empresa (STC 166/1988, de 26 de septiembre, BOE 14-10-1988, núm. 247). En suma, aun cuando el debate suele centrarse en el hecho del conocimiento empresarial, como elemento imprescindible, puede afirmarse que no es suficiente desde el punto de vista procesal.

3. ¿Y AHORA QUÉ? LA HETEROGÉNEA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

De lo dicho hasta aquí se desprende que la STC 173/2013 ha procedido a colmar los mecanismos jurisdiccionales de tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas, que las SSTC 92/2008 y 124/2009 habían dejado incompletos. Así, aunque aquélla se refiere únicamente, como se ha dicho, al período de prueba, parece que tiene vocación de alcanzar a la no renovación de contrato temporal, pues a la vez que defiende la aplicación del canon de enjuiciamiento clásico al primero, ya que tal «interpretación, en efecto, no resulta reprochable, dado que no priva de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinción del contrato durante el periodo de prueba», añade expresamente que «otro tanto hemos afirmado respecto de otras decisiones no causales, como la no renovación de contrato temporal». (FJ. 5)

Por consiguiente, como ya ha quedado dicho, nuestro ordenamiento jurídico contiene, a la luz de la doctrina constitucional, dos mecanismos de tutela antidiscriminatoria de las

trabajadoras embarazadas, ambos de carácter agravado, dado el derecho fundamental en juego. El primero, de grado máximo, es el sistema de nulidad objetiva, que se aplicará a los casos de despido. El segundo, de menor intensidad, es el sistema de nulidad causal (Cavas Martínez, F., 2008), relativo a las restantes formas de extinción, durante el periodo de prueba y fin del contrato temporal.

El problema que plantea la opción por la tutela heterogénea es que, como le reprocha uno de los votos particulares de la STC y el de la STS, a un mismo supuesto de hecho se aplican diversos mecanismos de control. Así, no cabe hablar de la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada, sino de «las tutelas». Ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional es plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes laborales por las que se atravesase. De esta forma, se aplicará el sistema objetivo a la extinción de contratos indefinidos que hayan superado el período de prueba; o contratos temporales, en las mismas circunstancias, siempre que su extinción se produzca *ante tempus*. Por el contrario, la tutela descansará en el causal en los primeros meses de la relación laboral indefinida o temporal, mientras dure el período de prueba; o en el caso de contratos temporales, porque su extinción venga dada por la llegada de su término y no se renueve.

Habiendo optado, como lo ha hecho nuestro ordenamiento jurídico, por un mecanismo automático de control en el caso de despido, en el que da igual la intención empresarial, no parece congruente que se busque el móvil discriminatorio en supuestos en los que la protección es *per se* menor que en el caso del despido y en los que la prueba es aún mucho más dificultosa.

Puede pensarse que dada la no exigencia de causa en la extinción durante el periodo de prueba, resulta desproporcionado demandársela al empresario en el caso de que afecte a una mujer (se tenga o no conocimiento de que se encontraba embarazada), simplemente porque no pudo preverlo, porque *a priori* no se le exige motivación alguna. Sin embargo, una de las virtudes del sistema objetivo como medida de acción positiva radica precisamente en requerir indirectamente un especial rigor en el cumplimiento de la legalidad. En el caso del despido, se da una protección agravada a la trabajadora mediante la necesidad de probar la concurrencia de la causa legalmente prevista, pues en caso contrario se entenderá que existió un móvil discriminatorio. En el período de prueba, la aplicación de este mecanismo exigiría al empresario que disponga de elementos de juicio suficientes como para acreditar su no superación, límite a su carácter no causal que ya ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia (STC 94/1984, de 16 de octubre -BOE 02-02-1984- entre otras). Un razonamiento similar puede hacerse para el caso del contrato temporal. La aplicación de un mecanismo objetivo supondría que el empresario acredite que la causa que originó su celebración ha desaparecido. En uno y otro caso, no tiene por qué afectar al empleo de las trabajadoras, o al menos no en mayor medida que si se circunscribe el sistema sólo para el despido.

Otra cosa bien distinta es si el establecimiento de un sistema objetivo en cualquier caso, siempre que afecte a una trabajadora embarazada, por cuanto que medida de acción positiva, de carácter extraordinaria, es una tarea que habría de ser emprendida por el legislador, como han entendido TC y TS o si, por el contrario, existían bases suficientes en nuestro ordenamiento jurídico como para que su aplicación pudiera llevarse a cabo ya, sin necesidad de ninguna intervención adicional.

De otra parte, esta opción por la heterogeneidad lleva aparejada, como se vio, la aplicación de cánones de enjuiciamiento distintos, de lo que se derivan cargas procesales diversas. Esto hará resurgir algunos problemas que parecían resueltos, como «la necesidad de demostrar 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, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo» (FJ. 8 STC 92/2008). Si a esto le unimos que no se trata, como vimos, del único elemento a aportar y que por la propia naturaleza de los supuestos en que ha quedado encajado el sistema causal (relaciones laborales cortas o muy cortas, con escasas exigencias formales en cuanto a su terminación, etc.), la prueba resulta especialmente compleja, más que en el despido, entonces puede llegarse a la conclusión de que tal sistema, más garantista, quizá no lo sea de modo suficiente, lo que exigiría una aplicación por parte de los órganos judiciales quizá menos estricta.

FOOTNOTES

.
Comentario publicado en la sección “La Jurisprudencia de cerca” de la revista 1/2014 de Información Laboral