

A desprotección do embarazo durante o período
de proba. A propósito dunha sentenza do
Tribunal Constitucional do 10 de outubro de 2013

*Lack of Legal Protection of Pregnancy in Probationary
Period. A Purpose of a Judgment of the Spanish
Constitutional Court on October 10th, 2013*



LARA M. MUNÍN SÁNCHEZ

Xuíza substituta, doutora en Dereito e profesora de Dereito do Traballo na
Escola Universitaria de Relacións Laborais da Universidade
da Coruña (UDC) (campus da Coruña)

Recibido: 30/06/2014

Aceptado: 30/07/2014

Resumo

Este comentario faise sobre unha recente sentenza do Tribunal Constitucional, ditada o 10 de outubro de 2013, que resolve o recurso de amparo dunha traballadora fora cesada, sen alegación de causa, durante o período de proba do seu contrato estando embarazada. A xurisdición laboral desestimou a súa reclamación, ao entender que no período de proba o cesamento é libre para os empresarios, criterio confirmado polo Alto Tribunal, que o xustificou na ausencia de calquera indicio discriminatorio. Así e todo, esta sentenza contou con dous importantes votos particulares discrepantes, porque nos supostos dos despedimentos das traballadoras embarazadas debe distinguirse se a decisión empresarial responde ao embarazo ou se simplemente coincide no tempo.

Palabras chave: despedimento, traballadora embarazada, período de proba, prohibición de discriminación por razón de sexo, Tribunal Constitucional.

Abstract

This comment is made about a recent ruling of the Spanish Constitutional Court, on October 10th, 2013, that resolves the appeal of a woman was ceased during her pregnancy, without allegation of cause, during the trial of her contract. The labour courts dismissed his claim, to understand that the end during trial is –for the employer– free, confirming this criterion the Court, justifying it in the absence of any indication of discriminatory, but with two important divergent particular, because in the event of the dismissal of pregnant employees it must be distinguished if the business decision responds to pregnancy or if it simply coincides in time.

Keywords: *Dismissal, Pregnant employee, Trial Period, Prohibition of discrimination on grounds of sex, Spanish Constitutional Court.*

1. A Sentenza de Tribunal Constitucional 173/2013, do 10 de outubro de 2013, ditada no recurso de amparo n.º 3773/2011 e polo Pleno do Tribunal¹, vén resolver un problema xurídico aínda inédito na xurisdición social; a saber: a protección que o ordenamento –e a súa interpretación– ofrece durante o período de proba ás traballadoras embarazadas non é maior que o outorgado ao resto dos traballadores. Noutras palabras, mentres que durante a vixencia do contrato de traballo as empregadas que se atopen cursando un embarazo gozan dunha garantía absoluta e obxectiva de nulidade fronte ao seu despedimento, porque, coa salvidade de que se probe a concorrencia dunha causa xustificativa (a súa procedencia), este será nulo *per se*, con independencia que o seu estado fose coñecido polo/a empresario/a ou non; durante o período de proba², porén, a protección non é distinta á que calquera traballador/a, de tal forma que unha pretensión de nulidade do cesamento terá que demostrar, sen estar privilexiada, que obedece a un móbil espurio do/a empresario/a. O lexislador só ampliou a protección da embarazada para os supostos de despedimento causal, sen que poida estenderse analoxicamente (artigo 4.1 do Código civil) esa protección do artigo 55.5.b) do Estatuto dos traballadores ao suposto do desistimento empresarial durante o período de proba, institución cuxas diferenzas co despedimento resultan substanciais.

Esta é a doutrina xurisprudencial adoptada polo Tribunal nesta sentenza, onde se dilucidaba o cesamento dunha traballadora embarazada durante o período de dous meses de proba que asinara coa súa empresa. No entanto, o pronunciamento do Pleno non é unánime, posto que se formularon dous votos particulares: o primeiro, subscrito por un único maxistrado, malia que coincidía co resultado desestimatorio do amparo, incidía sobre un aspecto moi relevante: o coñecemento do embarazo por parte da empresa debe considerarse –aquí si³– un elemento esencial á hora de decidir a nulidade do desistimento e de inverter a carga de a proba; e o segundo, moito máis elaborado e contundente, subscrito por catro maxistrados, entendía que se daban os requisitos para conceder o amparo, ao existir unha directa conexión de constitucionalidade entre o artigo 14 da Constitución española e os supostos de embarazo con extinción do contrato de traballo en período de proba.

¹ O seu texto está dispoñible no enderezo web <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23619>>.

² Artigo 14.2 do Estatuto dos traballadores:

«Durante o período de proba, o traballador terá os dereitos e obrigas correspondentes ao posto de traballo que desempeñe como se fose do cadro de persoal, excepto os derivados da resolución da relación laboral, que poderá producirse por instancia de calquera das partes durante o seu transcurso».

³ No caso das traballadoras despedidas durante o estado de xestación é indiferente que a empresa o coñeza ou non. Cfr. Sentenzas do Tribunal Constitucional n.º 92/2008, do 21 de xullo; e n.º 124/2009, do 18 de maio.

Antes de entrar en análises do que supuxo esta novidosa sentenza é preciso aquilatarmos o marco fáctico en que se desenvolveu, posto que só con el poderá aplicarse a doutrina constitucional e extraerse as debidas conclusións:

- a) A actora foi contratada en virtude dun contrato temporal, cun período de proba de dous meses.
- b) Na data da subscrición do contrato a actora estaba xa embarazada de dez semanas.
- c) Non consta que a empresa coñecese a devandita circunstancia.
- d) Transcorrido mes e medio, a empresa notificalle a extinción do contrato pola non superación do período de proba.
- e) Ese mesmo día, a empresa tamén lle comunicou unha idéntica decisión extintiva a outro traballador contratado na mesma data que ela.
- f) A actora presentou demanda por despedimento nulo, ao entender que a empregadora puxera fin ao contrato ao coñecer que estaba embarazada.
- g) O Xulgado do Social desestimou a súa demanda, ao entender que o empresario non coñecía o seu embarazo, que a traballadora non atinxira os obxectivos de vendas previstos e que outro traballador varón tamén fora despedido.
- h) Recorrida en suplicación a anterior sentenza, o Tribunal Superior de Xustiza de Madrid confírmaa, ao razoar que a extinción do contrato no período de proba da traballadora só sería nula se resultase discriminatoria, o que non sucede neste caso, ao non constar que a empresa coñecese o estado de xestación da traballadora. Para alén, aínda nese caso, cumpriría descartalo toda vez que os indicios de lesión quedarían destruídos polo feito de que o mesmo día en que se produciu a extinción da súa relación laboral tamén se extinguiu polo mesmo motivo (non superar o período de proba, ao non alcanzar os obxectivos de vendas previstos no contrato) o contrato doutro traballador varón contratado na mesma data que a recorrente.
- i) Recorrida en casación para a unificación da doutrina esta segunda sentenza, o Tribunal Supremo, en sentenza con data do 18 de abril de 2011, desestima o recurso, razoando que o problema formulado debe ser abordado desde a óptica da protección fronte á decisión extintiva derivada do dereito fundamental á non-discriminación por razón de sexo, sen que resulte aplicable ao desistimento empresarial durante o período de proba a regra sobre a nulidade obxectiva do despedimento en caso de embarazo

establecida polo artigo 55.5 b) do Estatuto dos traballadores, dada a distinta natureza xurídica das institucións do despedimento e da extinción do contrato no período de proba. Así pois, a extinción do contrato durante o período de proba será nula (como calquera outra decisión extintiva) se se produce con vulneración dos dereitos fundamentais, como sucederá cando a decisión empresarial sexa unha reacción ao embarazo da traballadora.

j) A actora presenta a demanda de amparo e, tras os correspondentes trámites –entre eles, o informe desfavorable do Ministerio Fiscal–, dítase a sentenza que aquí se analiza.

2. A análise desta sentenza do Tribunal Constitucional ten que partir, á marxe da referencia que se fará aos votos particulares, do *thema decidendi*: a determinación do contido e alcance do dereito fundamental á non-discriminación por razón de sexo (artigo 14 da Constitución española⁴) no suposto de traballadoras embarazadas ás cales se lles resolve o contrato durante o período de proba, sen que conste que o estado de xestación fose coñecido polo/a empresario/a; e, ademais, a súa relación coa doutrina sentada por este tribunal nas sentenzas precedentes n.º 92/2008, do 21 de xullo; e 124/2009, do 18 de maio, ditadas a respecto do despedimento de traballadoras embarazadas en casos en que non constaba que a empresa coñecese o estado de xestación, que o artigo 55.5.b) do Estatuto dos traballadores sanciona con declaración de nulidade.

O órgano xudicial, após considerar concorrente o requisito substantivo ou de fondo da «especial transcendencia constitucional» do asunto, fixa dúas premisas sucesivas: a primeira, que o citado artigo 55.5.b) do Estatuto dos traballadores, na redacción dada pola Lei 39/1999, do 5 de novembro, para promover a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, establecía unha garantía absoluta e obxectiva de nulidade do despedimento das traballadoras embarazadas (agás que se acreditase a procedencia do despedimento), non vinculada ao coñecemento por parte dos empresarios do embarazo. O motivo é que:

«(...) non pode descoñecerse que a interpretación efectuada polos órganos xudiciais (...) determinou a desestimación da pretensión da traballadora de que se declarase a nulidade do despedimento do que foi obxecto durante o seu embarazo, afectando con iso ao alcance e

⁴Artigo 14 da Constitución española:

«Os españois son iguais ante a lei, sen que poida prevalecer ningunha discriminación por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social».

contido das garantías establecidas polo lexislador para a protección do dereito á non-discriminación por razón de sexo, do que indubidablemente forman parte as garantías fronte ao despedimento das traballadoras embarazadas»⁵.

E a segunda, que:

«(...) a garantía fronte ao despedimento do dereito á non-discriminación por razón de sexo das traballadoras embarazadas non esixe, necesariamente, un sistema de tutela obxectiva como o previsto polo lexislador na Lei 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, outros sistemas de protección igualmente respectuosos co art. 14 da CE como, en particular, o que estaba en vigor no momento da reforma legal. No entanto, unha vez que o lexislador optou por un desenvolvemento concreto do art. 14 da CE, que incrementa as garantías precedentes conectándoas cunha tutela tamén reforzada doutros dereitos e bens constitucionalmente protexidos, non pode o órgano xudicial efectuar unha interpretación restritiva e allea ás regras hermenéuticas en vigor que prive o precepto legal daquelas garantías establecidas polo lexislador e coas que a traballadora podía razoablemente entenderse amparada na súa determinación persoal, pois con iso estaría impedíndose a efectividade do dereito fundamental de acordo co seu contido previamente definido (STC 229/2002, do 9 de decembro, FX 4)».

Todo o dito leva este tribunal a excluír a súa aplicación ao suposto axuizado (extinción do contrato durante o período de proba), porque o lexislador só ampliou a protección da traballadora embarazada para os supostos de despedimento causal, polo que a extensión desa protección prevista no artigo 55.5.b) do Estatuto dos traballadores a outras causas extintivas por vía analóxica (artigo 4.1 do Código civil), método delicado de integración normativa cuxa aplicación esixe, «por evidentes razóns de seguridade e certeza xurídica, un maior rigor e coidadoso emprego»⁶, só sería posible se existise unha identidade de razón esencial entre o despedimento causal e esas outras causas de extinción do contrato de traballo. Isto é algo que non se advirte, debido ás diferenzas substanciais entre ambas as institucións (despedimento e extinción, relación laboral e período de proba). En definitiva, a extinción do contrato durante o período de proba será nula (como calquera outra decisión extintiva) de se producir con vulneración de dereitos fundamentais, como sucederá se a decisión empresarial é unha reacción ao embarazo da traballadora⁷; mais non en caso contrario.

3. Dous foron os votos particulares emitidos, o primeiro dos cales se centrou –con criterio de fondo coincidente coa maioría– na relevancia do coñecemento do

⁵ Cfr. sentenzas do Tribunal Constitucional n.º 92/2008, do 21 de xullo, fundamento xurídico sexto; e 124/2009, do 18 de maio, fundamento xurídico terceiro.

⁶ Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional n.º 148/1988, do 14 de xullo, fundamento xurídico quinto.

⁷ Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional n.º 17/2007, do 12 de febreiro.

embarazo por parte da empresa, así como na notable dificultade da traballadora para probar que tivera lugar; polo que –ao longo da súa exposición– o maxistrado do Alto Tribunal formula que tipo de indicios cumpriría chegar e se non tería que considerarse indicio suficiente a súa non cuestionada situación de embarazo.

Entre tanto, o segundo voto, moito máis elaborado e de maior calado, discrepa tamén no fondo, xa que entende que non se tutelou o principio de prohibición de discriminación por razón de xénero, e afirma o seguinte:

«(...) revela unha intelixencia do dereito fundamental concernido que non satisfai o parámetro da máxima irradiación dos contidos constitucionais que a prohibición de discriminación consente e, sobre todo, demanda en atención, basicamente, ao atributo que a esta distingue e que se substancia en ser unha norma de sistema dotada dunha dupla propiedade: unha infundible vocación transformadora do noso modelo de convivencia e unha indiscutible finalidade de saír ao paso dun inaceptable legado, derivado de factores de moi diversa índole. De acordo coa natureza de norma de sistema, os dereitos vinculados á proscripción de toda manifestación discriminatoria pasan e adianten a mera atribución subxectiva do dereito mesmo»⁸.

A súa argumentación artículase con base en tres elementos: por unha parte, a invocación da prohibición constitucional de discriminación por razón de xénero debe tender tamén a operar *ad intra* do colectivo protexido, de tal forma que a lesión derivaría da existencia dun réxime xurídico que diferencia a protección entre as mulleres embarazadas na ruptura da relación laboral en función de circunstancias contractuais. Por outra parte, o artigo 14 da Constitución española non só prohibe os actos discriminatorios intencionais (tutela intencional), que polo xeral se acreditarán a través da dinámica propia da proba indiciaria; senón tamén calquera prexuízo obxectivo contra o factor protexido polo dereito fundamental substantivo (tutela obxectiva). Isto leva este voto a afirmar que «os desistimentos contractuais decididos polo empresario durante o período de proba, respecto das mulleres embarazadas, gozan dunha tutela directa, sen necesidade dunha previa intermediación lexislativa xa que aquela nace do contido esencial do art. 14 da CE»⁹, alén de que os dereitos fundamentais operan tamén fronte a decisións non causais dos empresarios.

Finalmente, o período de proba supón unha clara atenuación do principio de prohibición da libre extinción do contrato, malia que, como é obvio, esa facultade de desistimento empresarial no período de proba non é omnímoda para os empresarios,

⁸ Cfr. fundamento xurídico segundo, parágrafo primeiro, do voto particular.

⁹ Cfr. fundamento xurídico terceiro, parágrafo cuarto, do voto particular.

pois en ningún caso poderá dar lugar a que se produzan resultados inconstitucionais. Propónse, xa que logo, elaborar unha protección integral do embarazo fronte á extinción do contrato de traballo, coa única salvidade, aplicable por igual a despedimentos e a desistimentos, da verificación dunha causa que desvincule o acto extintivo do factor protexido.

4. No ordenamento xurídico español, o período de proba é pactado entre as partes, e ao seu remate os traballadores alcanzan dereito á protección contra o despedimento¹⁰. Como a xurisprudencia lembra¹¹, o motivo que xustifica esta figura xurídica encóntrase na necesidade de coñecer –ao inicio da relación laboral– as aptitudes profesionais e as calidades dos traballadores para o posto de traballo que van desempeñar, ofrecendo aos empresarios a posibilidade, en caso non ter un resultado satisfactorio, de resolveren o compromiso contractual sen afrontaren os custos legais dun despedimento, de tal forma que podería entenderse como un despedimento libre, no inicio da relación laboral. Ora ben, esta liberdade de decisión dos empresarios podería verse coartada por múltiples circunstancias, sexan ou non coñecidas polos empregadores.

O interesante desta sentenza do Tribunal Constitucional é que incide sobre a protección do embarazo durante esta peculiar institución, mais –na miña opinión– cunhas conclusións non demasiado satisfactorias, posto que, por un lado, asigna unha menor protección á embarazada no período de proba, que é –precisamente– o escenario de maior precariedade laboral, ao conformarse o despedimento nel como libre, sobre todo, nunha situación como a actual en que podería establecerse un período de proba de até un ano¹². E, polo outro, está a reducirse a importancia constitucional do factor biolóxico persoal tutelado –embarazo– en función de circunstancias alleas ao contido esencial do dereito fundamental, tales como o tipo de resolución, facendo –isto salientao o voto particular– depender o ámbito de imputación da tutela antidiscriminatoria de que o lexislador ordinario decidise intervir normativamente.

¹⁰ Véxanse APARICIO ALDANA, R. K. (2014) «Período de prueba y discriminación» *Aranzadi Social* 9; ou QUINTANILLA NAVARRO, R. E. (2014) «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales» *Revista Española de Derecho del Trabajo* 164.

¹¹ Véxase a Sentenza do Tribunal Supremo do 23 de outubro de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina n.º 2423/2007.

¹² Cfr. Lei 3/2012, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral, que fixou para os contratos de traballo por tempo indefinido de apoio a s emprendedores un período de proba dun ano, sen que a vontade das partes poida excluíla; por Providencia do Tribunal Constitucional do 30 de outubro de 2012, porén, admitiuse a trámite un recurso de inconstitucionalidade sobre ese aspecto.

En definitiva e de maneira criticable na forma en que o configurou o Tribunal Constitucional, o noso ordenamento xurídico contempla dous mecanismos de tutela antidiscriminatoria das traballadoras embarazadas¹³, ambos de carácter agravado, dado o dereito fundamental en xogo: o primeiro, de grao máximo, é o sistema de nulidade obxectiva, que se aplicará aos casos de despedimento; e, o segundo, de menor intensidade, é o sistema de nulidade causal, relativo ás restantes formas de extinción, durante o período de proba e fin do contrato temporal.

¹³ Cfr. PÉREZ DEL PRADO, D. (2014) «La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección» *Información Laboral* 1.