

Comentario á Sentenza do Tribunal
Constitucional do 10 de outubro de 2013.
Extinción da relación laboral dunha muller
embarazada en período de proba

*Analysis of the Decision of the Constitutional Court
of 10th October 2013. The Expiration of the Working
Relation of a Pregnant Woman during the Testing Period*

ROSA-MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Universidade de Vigo, Departamento de Dereito Público Especial,
Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo, 36310 Vigo, España

Recibido: 30/06/2015

Aceptado: 20/07/2015

Resumo

O debate acerca da protección laboral da muller embarazada non se resolve con esta sentenza do Tribunal Constitucional, na medida en que suscita unha interesante reflexión acerca da tutela antidiscriminatoria das traballadoras embarazadas en caso de que se dea por finalizado o seu contrato de traballo durante o período de proba. A cuestión que se formula é se resulta posible estender a este suposto a protección dispensada no art. 55.5.b) do Estatuto dos traballadores para o caso de despedimento, ou se por tratarse de institucións diferentes unha protección tan ampla non resulta factible.

Palabras chave: período de proba, embarazadas, discriminación.

Abstract

The debate about labour protection of pregnant women does not settle this Constitutional Court decision, since it raises an interesting consideration about the anti-discrimination protection of pregnant workers in the event that their employment contract is resolved during the testing period. The question that arises is whether it is possible to extend the protection to these cases provided in the art. 55.5 b) of the Workers' Statute provided in case of dismissal, or whether they are different institutions such large protection is not possible.

Keywords: *Testing period, Pregnant women, Discrimination.*

I. O suposto de feito da sentenza

A Sentenza do Tribunal Constitucional do 10 de outubro de 2013¹ aborda a cuestión da extinción da relación de traballo dunha muller embarazada que se encontraba en período de proba. Na resolución é de especial interese o voto particular do maxistrado Fernando Valdés Dal-Ré, que aposta por unha interpretación favorable á traballadora embarazada desde a consideración da protección que o ordenamento xurídico laboral dispensa á gravidez. O suposto de feito do caso refírese a unha traballadora que o 24 de xuño de 2009 foi contratada por unha empresa como comercial para prestar os seus servizos durante seis meses, prorrogables por períodos de igual duración, cun período de proba de dous meses pactado. Na data do contrato a traballadora estaba embarazada de dez semanas, mais non consta que a empresa tivese coñecemento diso. O 4 de agosto de 2009 a empresa comunicoulle á traballadora a extinción do contrato por non superar o período de proba. Na mesma data tamén lle comunicou unha idéntica decisión extintiva a outro traballador contratado.

A traballadora interpuxo unha demanda en que solicitou que se declarara a nulidade da decisión extintiva, por entender que a empresa puxera fin á relación laboral ao saber que estaba embarazada. Na Sentenza do 2 de decembro de 2009, o Xulgado do Social n.º 31 de Madrid desestimou a demanda. Esta sentenza considerou que non quedara probado que a empresa coñecese o embarazo da traballadora e razoou que o embarazo non era un feito sobrevido ao contrato; que a empresa acreditara que a traballadora non atinxira os obxectivos de vendas previstos no contrato (motivo polo que se declarou a extinción do contrato por non superar o período de proba pactado); e que ao compañeiro da traballadora, contratado en igual data, tamén se lle comunicara o mesmo día a extinción do seu contrato por non superar o período de proba, por idénticas razóns. Esa decisión foi recorrida en suplicación e a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid tamén a desestimou na Sentenza do 11 de xuño de 2010². Pois ben, ao recorrer en casación, a Sala do Social do Tribunal Supremo (en diante TS), na súa Sentenza do 18 de abril de 2011³, igualmente desestimou o recurso, ao entender que non se lle podía aplicar á traballadora a regra da nulidade da decisión extintiva porque estaba en período de proba, e que a mencionada regra, consagrada no artigo 55.5, letra

¹ Recurso de amparo n.º 3773/2011.

² Recurso de suplicación n.º 1357/2010.

³ Recurso de casación para a unificación da doutrina n.º 2893/2010.

b), do Estatuto dos traballadores (en diante ET), só produce os seus efectos en caso de despedimento.

II. Os argumentos do Tribunal Constitucional para non aplicar a este suposto a regra do artigo 55.5.b) do ET

A traballadora decide recorrer en amparo por entender vulnerado o seu dereito á tutela xudicial efectiva en relación co seu dereito á igualdade e non-discriminación por razón de sexo. No tocante a isto, o Tribunal Constitucional (en diante TC) argumenta na sentenza que aquí se analiza que a extinción da relación laboral da traballadora non pode cualificarse como nula desde o entendemento de que –como expresou o TS– o artigo 55.5, letra b), do ET, que determina a nulidade do despedimento dunha muller embarazada, só se refire aos casos de despedimento, e non ten tal consideración a resolución do contrato en período de proba. Trátase de figuras diferentes que a xuízo do TC esixen un tratamento independente, e unha das principais consecuencias da devandita distinción é que o despedimento sempre debe ser causal, mentres a resolución do contrato en período de proba non esixe acreditar a causa. Na súa fundamentación xurídica, o TC, citando o TS, sinala que «esa protección reforzada prevista no art. 55.5.b) da LET para o despedimento non pode ser estendida por analoxía ao suposto axuizado do desistimento empresarial durante o período de proba, institución cuxas diferenzas co despedimento resultan substanciais, conforme a xurisprudencia da propia Sala do Social do Tribunal Supremo que cita a Sentenza»⁴. Non obstante, como se sinala na Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de abril de 2011, «esa facultade de desistimento empresarial no período de proba (art. 14 do ET) non é omnímoda para a empresa, pois a salvagarda dos dereitos constitucionais impón, en todo caso, límites á libre resolución do contrato [...], [e] non alcanza a produción de resultados inconstitucionais»⁵.

Pois ben, a análise deste suposto esixe acudir á doutrina do TC para os efectos de clarificar por que chega finalmente a este fallo. En caso de despedimento dunha muller embarazada, o TC mantén unha liña favorable á denominada nulidade obxectiva ou automática, isto é, no caso en que teña lugar o despedimento da muller, este é nulo, con independencia de que o/a empresario/a coñeza ou non o feito do embarazo, e é o/a

⁴ Fundamento xurídico cuarto, parágrafo terceiro.

⁵ Fundamento de dereito cuarto, parágrafo décimo primeiro.

empresario/a quen debe probar que tal despedimento se debe a outros motivos, como así se expón nas súas sentenzas do 23 de xuño de 2008 e do 21 de xullo de 2008. En canto á carga da proba, o artigo 96 da Lei reguladora da xurisdición social (LRXS) establece a regra da achega de indicios suficientes pola traballadora que inverten a carga da proba, de tal maneira que –como acabamos de dicir– lle corresponde ao/a empresario/a probar que os feitos que dan lugar á extinción son alleos a motivos discriminatorios, e xustificar que a súa decisión é obxectiva, proporcionada e axustada a dereito. O TS adheriuse a esta liña da tese obxectiva (Sentenza do Tribunal Supremo do 17 de outubro de 2008) tras optar nun primeiro momento por unha tese subxectiva, que esixía o coñecemento do feito do embarazo por parte do/a empresario/a (Sentenza do Tribunal Supremo do 19 de xullo de 2006).

Sinala a doutrina que «a nulidade do despedimento de traballadoras embarazadas debe por estas razóns interpretarse restritivamente, sen que poida trasladarse “por analogía” ao desistimento en período de proba; a situación é acaso aínda máis grave se se ten en conta que a posibilidade de acreditar a procedencia que reconece o art. 55.5 *in fine* do ET para o caso do despedimento carecerá de sentido na maior parte de situacións de desistimento en período de proba, cuxo carácter esencialmente subxectivo determinará unha gran dificultade para encontrar razóns obxectivas que apoiem a extinción do contrato; sobre a non aplicación da regra de nulidade automática do despedimento de embarazadas aos supostos de desistimento en período de proba, *vid.* A STSX de Madrid 521/2010, do 11 de xuño (AS 2010/1710), ou a STSX de Cataluña 5015/2011, do 13 de xullo (AS 2011/2457); o Tribunal Supremo asumiu esta interpretación en sentenza (con voto particular) do 18 de abril de 2011 (RX 5814)»⁶.

Neste sentido, tamén se indicou que na «STC 166/1988, do 26 de setembro, sobre o despedimento dunha embarazada durante o período de proba, [...] o Alto Tribunal sostivo que a facultade de resolver libremente o contrato por parte do empresario non pode exercerse de forma arbitraria, vulnerado o art. 14 da CE ao actuar de forma discriminatoria por razón de sexo, o que se deduce ao se alegar o embarazo como causa da decisión empresarial sen xustificar a existencia de motivos alleos ao feito ou a situación de embarazo; [tamén] as SSTC 173/94, do 7 de xuño, e 3/1995, do 10 de xaneiro, ambas nun caso de falta de renovación dun contrato temporal dunha traballadora

⁶ Ao respecto, véxase FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. (2014) *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 54, nota 56.

embarazada, coetánea á renovación doutros traballadores en situación similar, na cal se considerou tamén que se trataba dunha medida discriminatoria; ou a STC 136/1996, do 23 de xullo, relativa a un despedimento disciplinario por faltas inxustificadas ao traballo que permitiron declarar procedente ese despedimento, nas cales o Tribunal afirmou, igualmente, que os tratos desfavorables baseados no embarazo, ao afectar exclusivamente á muller, constitúen unha discriminación por razón de sexo proscrita polo art. 14 da CE»⁷.

III. O voto particular da sentenza. A tutela antidiscriminatoria como factor determinante

A cuestión é controvertida, tanto que a propia sentenza conta cun voto particular discrepante do maxistrado Fernando Valdés Dal-Ré, cuxa posición comparto, pois entendo que a protección dos dereitos fundamentais ten por finalidade amparar un feito e as súas consecuencias, e neste caso o obxecto de salvagarda é o mesmo, o feito da maternidade. Como se afirma no punto cuarto deste voto particular, «as premisas de toda vulneración do art. 14 da CE son as dúas seguintes: dun lado, a concorrencia do factor protexido (aquí, o embarazo como realidade biolóxica enlazada ao xénero, segundo xurisprudencia constante deste tribunal); e, doutro, a existencia dun prexuízo asociado (aquí, a extinción do contrato de traballo)». O maxistrado pon de manifesto que «pese á diferente natureza existente entre o despedimento causal e o desistimento empresarial durante o período de proba, unha e outra premisa concorren en ambas as modalidades extintivas; os factores xustificativos dunha tutela antidiscriminatoria danse por igual nas extincións causais e nas non causais, e existe, pois, tanto un equivalente imperativo de protección como unha identidade do factor protexido en presenza; os elementos de legalidade que adxectivan de modo distintivo cada instituto xurídico a contraste, ao non lograr a dilución da presenza desta dupla premisa, encóntranse desprovistos, por tanto, da necesaria entidade para articular unha diferenciación no tratamento constitucional da tutela antidiscriminatoria». Neste sentido, conclúe que con ese fallo, «esta sentenza constitucional [...] pode incrementar a situación de precariedade laboral en que se atopan as traballadoras embarazadas sometidas a un período de proba» e que «á luz do art. 14 da CE, a estimación do recurso era a única resposta posible, [polo que] en consecuencia,

⁷ Sobre o tema, véxase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008) *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 236, nota 525.

debeu outorgarse o amparo solicitado e declararse a nulidade das resolucións xudiciais impugnadas, confirmatorias da regularidade do desistimento decidido polo empresario, e o dereito da demandante a reincorporarse ao seu posto de traballo».

Así mesmo, o maxistrado Ollero Tassara redactou un voto particular concorrente en que expresa que comparte «integralmente o seu fallo, por entender que a tutela obxectiva atribuída ás traballadoras en situación de embarazo en caso de despedimento é resultado dunha opción lexítima do lexislador; non deriva, pois, dunha esixencia constitucional, capaz incluso de obrígallo a estender o devandito tratamento a traballadoras que, en similar estado, desenvolven o seu labor en período de proba». No entanto, o maxistrado pon de manifesto que certos matices vinculados aos indicios que debe achegar a traballadora embarazada deberían estar mellor delimitados. Neste sentido, destaca que «a empresa [...] achegou unha dupla explicación para xustificar o seu desistimento de continuar a situación contractual; a primeira pode considerarse plausible, ao non se lograren os obxectivos inicialmente propostos á traballadora, aínda que o cómputo se realiza tendo en conta unicamente o conseguido no primeiro dos dous meses do período de proba; [pero] non resulta tan convincente –ante a necesidade de descartar a existencia de discriminación, en situacións tan proclives a xerala– o feito de que se producise similar desistimento da empresa respecto a un traballador varón; non só porque –agora si, sen ningunha dúbida– este non estaba embarazado, senón porque de asumirse acriticamente tal xustificación, abondaría para desistir da relación laboral cunha traballadora embarazada facela acompañar dun traballador varón en similar período de proba». Así as cousas, e tendo en conta eses matices, o maxistrado mostra a súa conformidade co fallo.

Por último, e sen pretender ir máis alá da análise que nos ocupa, detereime brevemente nunha cuestión estreitamente vinculada ao tema que aquí se trata, e que ten a ver co propio concepto de embarazo, xa que se presenta un interesante debate no caso da resolución do contrato de traballo durante o período de proba dunha traballadora cando está someténdose a un tratamento de fecundación *in vitro*. Sobre este asunto pronunciouse a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 19 febreiro de 2013⁸, en que se reflexiona sobre «se se pode equiparar ao embarazo o inicio dunhas probas de fecundación *in vitro* das cales se descoñece nese momento se finalizarán ou non nun embarazo, así como a necesidade ou non do seu

⁸ Recurso de suplicación n.º 6182/2012.

coñecemento por parte da empresa»⁹. Pois ben, «no caso concreto destas actuacións dise no fundamento de dereito quinto que a empresa non tiña coñecemento, cando procedeu a extinguir o contrato de traballo por non superación do período de proba, de que a traballadora acudira uns días antes á clínica, e solicitara as probas necesarias para realizar unha fecundación *in vitro*, que se levou a cabo no mes de decembro de 2011 e finalizou sen conseguir a xestación, de todo o cal chega á conclusión de que en absoluto a fecundación *in vitro* estaba nun estado avanzado, dado que o óvulo fecundado non fora introducido no útero, senón que incluso non comezara, conforme a cita da sentenza desta sala con data do 14 de abril de 2011, que á súa vez recolle a do TXCE 2008/36, do 26 de febreiro, en que se sinala que “a prohibición de despedimento das traballadoras embarazadas establecida no artigo 10, punto 1, da Directiva 92/1985 debe interpretarse no sentido de que non se aplica a unha traballadora sometida a unha fecundación *in vitro* cando, no momento en que se lle notifica o despedimento, xa tivo lugar a fecundación dos óvulos desta traballadora cos espermatozoides da súa parella, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, mais estes non foron aínda transferidos ao útero da muller”¹⁰. A Sentenza dispón que «para que a extinción do contrato de traballo da recorrente durante o período de proba pactado libremente polas partes, autorizado polo artigo 14 do Estatuto dos traballadores, constituíse un despedimento nulo tería que darse unha destas dúas circunstancias: 1) que o tratamento de fertilidade se iniciase e estivese nun estado avanzado, de modo que se puidese equiparar a un embarazo, maneira esa en que estaría protexida polo disposto no artigo 55.5.b) do Estatuto dos traballadores, todo iso sen necesidade de que a empresa tivese coñecemento da devandita situación, segundo a doutrina das sentenzas do Tribunal Supremo do 13 e 30 de abril de 2009; 2) alternativamente, que se tratase dun despedimento discriminatorio polo feito de tratarse dunha muller, única que pode iniciar un tratamento médico de fertilidade *in vitro*, para o cal se precisaba que o devandito feito fose coñecido pola empresa, o que é negado [...] [n]a sentenza recorrida, a respecto do cal debe terse en conta, ademais, que tratándose dunha extinción contractual durante o período de proba que, en principio, non precisa de alegación de causa, a inversión da carga da proba se fai máis difícil que nun suposto como o contemplado na nosa sentenza [...] do 14 de abril de 2011, en que se trataba dun despedimento disciplinario por unha pretendida diminución do rendemento que non quedou acreditada na sentenza ditada polo xulgado do social de instancia, ao tempo que quedou probado,

⁹ Fundamento de dereito segundo, parágrafo segundo.

¹⁰ *Ibidem*, parágrafo cuarto.

pola contra, que a empresa coñecía perfectamente o inicio por parte da traballadora de proceso de fecundación *in vitro*»¹¹.

En conclusión, a orientación do voto particular da sentenza que aquí se analiza, tendente a amparar á traballadora embarazada nos casos en que o seu contrato se resolva durante o período de proba, non é a predominante na doutrina xurisprudencial, pese a que a finalidade do ordenamento xurídico-laboral para estes efectos é ofrecer unha tutela antidiscriminatoria completa. Esta interpretación literal que atende á natureza das institucións xera neste concreto punto certa indefensión, xa que malia seren despedimento e resolución do contrato diferentes, deberían compartir neste aspecto o obxectivo de dar cobertura a traballadoras vulnerables como as embarazadas. De aí que se formule a seguinte cuestión: cal debería ser o factor determinante nestes casos, a natureza das institucións ou a finalidade garantista ou protectora das traballadoras? Tendo en conta que durante o período de proba non se esixe alegar causa ningunha para dar por finalizado o contrato, a marxe para se produciren situacións discriminatorias é máis ampla que no caso do despedimento protexido polo artigo 55.5.b) do ET. Como se indica no voto particular, a protección das mulleres embarazadas non pode depender de «circunstancias contractuais». En definitiva, estamos diante dunha cuestión polémica que mantén aberto o debate.

¹¹ *Ibidem*, parágrafo quinto.