

LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA FRENTE AL DESISTIMIENTO EMPRESARIAL *.

Protection of Pregnant Workers During The Trial Against Withdrawal Of Business

POR: DRA. EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Titular Acreditada)
Universidad de Vigo (España)*

emmarodriguez@uvigo.es

RESUMEN: La protección de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional español. Existen tres etapas diferenciadas en la doctrina del Tribunal Constitucional español que se ha visto influido por las Directivas Europeas y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, recientemente, en relación con el período de prueba, el Tribunal Constitucional se ha mostrado especialmente restrictivo, lo que ha dado lugar a una interpretación muy controvertida. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que la finalidad del art. 14 de la Constitución Española es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, sin que sea necesario, por tanto, acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y quedando exenta de acreditar el conocimiento del embarazo por parte del empresario, al considerarse una cuestión que debe permanecer en la esfera íntima del individuo y su libertad. De lo contrario, parece que se minusvalorará la protección del derecho fundamental de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba, justamente en un momento de mayor precariedad de la relación laboral.

PALABRAS CLAVE: embarazo, período de prueba, despido, desistimiento, discriminación.

*Recibido para publicación: 3 de marzo de 2015.
Enviado para evaluación externa: 5 de marzo de 2015.
Recibida evaluación externa positiva: 5 de junio de 2015.
Aceptado para publicación: 8 de junio de 2015.

ABSTRACT: The protection of pregnant workers during the trial period has undergone various pronouncements by the Spanish Constitutional Court. There are three different stages in the doctrine of the Spanish Constitutional Court, all of them influenced by European Directives and Court of Justice of the European Union's pronouncements. However, recently, in relation to the trial period, the Constitutional Court has been particularly restrictive, which has resulted in a highly controversial interpretation. However, most of the doctrine considers that the purpose of art. 14 of the Spanish Constitution is to provide pregnant working with a stronger protection against discrimination. Hence, there would be no need to show evidence of the violation of fundamental rights, thus being exempt from accrediting knowledge of pregnancy to the employer since it's considered to be a matter of the worker's private sphere and freedom. Otherwise, it seems that the protection of fundamental rights of pregnant workers are undermined during the trial period, precisely at a time of more precarious employment relations.

KEYWORDS: pregnancy, probation, dismissal, resignation, discrimination.

SUMARIO: I.- LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA LABORAL INTERNACIONAL, EUROPEA Y NACIONAL/ ESPAÑOLA. II.- EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO. III.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA. ESPECIAL REFERENCIA AL DESISTIMIENTO EMPRESARIAL DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA. IV.- REFLEXIONES FINALES: LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. V.- BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL, EUROPEA Y NACIONAL

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, O.I.T.) desde épocas muy tempranas se ha ocupado de la protección de la maternidad. El Convenio nº. 3¹, abordó la ordenación de los permisos remunerados antes y después del parto, el permiso de

¹ Fecha: 29 de noviembre de 1919; ratificado por España el 13 de julio de 1922.

lactancia natural, el tratamiento de las enfermedades legadas al embarazo o al parto, y la ilegalización del despido que se lleve a cabo durante la ausencia de la trabajadora de baja por maternidad o por causa de ésta. Así expuesto, parece que poco se ha avanzado en la ordenación actual en relación con la protección de la maternidad².

Este Convenio fue revisado por el Convenio nº. 103, de 1952, sobre la protección de la maternidad³, y completado por la Recomendación nº. 95 del mismo año⁴. Ésta consolidó los derechos relacionados con la maternidad. Destaca que amplió la licencia de maternidad de seis semanas [art. 3.a) Convenio nº. 3] a una duración “de doce semanas por lo menos” [art. 3.2, Convenio nº. 103 O.I.T.], de las cuales estableció un descanso mínimo obligatorio de seis semanas con posterioridad al parto [art. 3.3, Convenio nº. 103 O.I.T.].

En la misma línea el Convenio nº. 183, de 15 de julio de 2000, sobre la protección de la maternidad, si bien aún no ha sido ratificado por España⁵, ofrece una regulación de carácter integral y global al establecer, por ejemplo, el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo, el derecho a licencia de lactancia y, en general, garantizar que la maternidad no constituye causa de discriminación en el empleo.

Así, además de referirse a una licencia de maternidad obligatoria con una duración de catorce semanas como mínimo, establece un período de permiso prenatal independiente del anterior y cuya duración dependerá en cada caso del momento del parto. De esas catorce semanas señala que seis son de descanso obligatorio después del parto con el argumento de “proteger la salud de la madre y del hijo”. Esta normativa ha conducido a un error interpretativo muy común, tal y como ha destacado la doctrina⁶, porque según el tenor literal del precepto, las seis semanas posteriores al parto parece que son las únicas que responden a esa finalidad de protección de salud y que el período restante al que se refiere la norma tiene como objetivo el cuidado, es decir, la misma finalidad que un permiso parental. Esa diferenciación de la norma ha producido el equívoco de considerar que existía por un lado una licencia de maternidad y por otro, un permiso parental. Esto es falso, la duración de la baja maternal hay que entenderla referida íntegramente para la recuperación total de la mujer que ha dado a luz, con la única peculiaridad de que se permite que parte de ese tiempo lo puedan distribuir según estime

² LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, p. 144.

³ Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952), adoptado el 28 de junio de 1952. Ratificado por España el 26 de mayo de 1966.

⁴ Recomendación sobre la protección de la maternidad, de 28 de junio de 1952.

⁵ Un análisis exhaustivo del contenido de este Convenio, *vide* TORTUERO PLAZA, J.L., *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006, pp. 42-46.

⁶ CABEZA PEREIRO, J., “Maternidad y riesgos laborales”, en AA. VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, CGPJ, 2007, p. 241.

más adecuado⁷. La Recomendación n.º 191 O.I.T.⁸ incide en esta cuestión cuando insta a los Estados a “adoptar medidas para garantizar que, en la medida de lo posible, la mujer tenga derecho a elegir libremente cuándo tomará la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto”.

El art. 8 del Convenio incide de manera especial en “la protección del empleo y la no discriminación”. Es tajante al señalar que “se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer embarazada”, protección que hace extensible al riesgo durante el embarazo y la lactancia. También es relevante la previsión procesal sobre la que señala que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o de la lactancia incumbirá al empleador”. E insiste en que “todo Miembro deberá tomar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo” (art. 9).

Con estas referencias, la OIT pretende ofrecer una protección integral a la mujer embarazada, por el propio hecho del embarazo, de manera que ante cualquier perjuicio laboral, ella pueda alegar esta protección reforzada. Según la propia OIT, la maternidad segura, la atención a la madre y la salud del recién nacido, se enmarcan dentro de la configuración del trabajo decente y la productividad de las mujeres, así como para la igualdad de género. En definitiva, es la parte esencial del derecho laboral fundamental de la protección de la maternidad que ya se recoge también en los tratados universales de derechos humanos⁹.

En cuanto al ámbito europeo, han proliferado los instrumentos normativos sobre la “política comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres”. Dentro de ese grupo de normas hay que distinguir dos etapas: la primera abarca desde la creación de la CEE, en 1957, con el Tratado de Roma, hasta su modificación por el Tratado de Ámsterdam en 1997¹⁰; la segunda que se inicia con el Tratado de Ámsterdam y llega hasta la actualidad¹¹.

⁷ De hecho la O.M.S. ha incidido en la necesidad de que la baja maternal sea de veinticuatro semanas y en todo caso, como imprescindible ha recomendado que “todas las mujeres tengan derecho a una baja maternal de dieciséis semanas como mínimo, para que puedan descansar y amamantar a sus hijos”⁷. La ampliación de esta licencia a dieciocho semanas “por lo menos”, también se planteó por la Recomendación n.º 191 O.I.T. y en el ámbito europeo parece que la tendencia es la ampliación de la baja por maternidad⁷.

Datos extraídos de las páginas web: <http://who.int/features/factfiles/breastfeeding/facts/es/index8.html> y <http://europarl.europa.eu/news>. Sobre la votación del Parlamento Europeo en la que se planteaba la ampliación de la licencia de maternidad a 20 semanas.

⁸ “Sobre la protección de la maternidad”. Fecha 16 de junio de 2000.

⁹ O.I.T.: *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, Ginebra, 2014. Publicado en página web: <http://www.iol.org/maternityprotection>.

¹⁰ Acordado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. En vigor en mayo de 1999.

¹¹ Sobre esta división y su normativa de desarrollo *vide* MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L., “La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la

Entre esa normativa europea tan extensa, sobre la maternidad, destaca la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las 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 esté en período de lactancia¹². Este texto legal ofrece un tratamiento unitario de la protección a la maternidad y a la lactancia. Aborda medidas tendentes a garantizar la regulación del descanso por maternidad, el reconocimiento de una prestación y el mantenimiento de los derechos derivados del contrato de trabajo. Además, explícitamente prohíbe el despido durante el tiempo de la baja maternal. Esta regulación hay que ponerla en relación con la prevención de riesgos laborales, en especial con la protección a la mujer embarazada y al período de lactancia (arts. 1, 2, 5 y 10)¹³.

Esta Directiva introduce en su artículo 8 el permiso por maternidad. Así señala que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que “las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz y se encuentren en período de lactancia, disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Además “este permiso deberá incluir, un permiso por maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, disfrutadas antes y/o después del parto”.

En la misma línea protectora, el artículo 10 prohíbe el despido de la trabajadora durante el período del embarazo y la terminación del permiso por maternidad. En concreto señala que “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad” y en el art. 2 define a las trabajadoras embarazadas como “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Esto será objeto de una controvertida jurisprudencia entorno a la necesidad de comunicación del embarazo al empresario, so pena de que el despido, en caso de producirse, de calificase como improcedente o procedente, pero no nulo. Sobre esto se incidirá al explicar la evolución de la jurisprudencia sobre maternidad del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC).

Por lo tanto, esta Directiva se decanta exclusiva y directamente por la protección de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz, o durante el período de lactancia. De hecho se inserta dentro de las previsiones de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la

ocupación”. Recepción en la Ley de Igualdad”, en AA. VV., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, 2007, pp. 89 y ss.

¹² DO L348, de 28 de noviembre de 1992.

¹³ Un análisis pormenorizado de estas normas, vide LÓPEZ LÓPEZ, M^a. T. y VALIÑO CASTRO, A., *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2004, pp. 27-28.

seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. La norma ha sido alabada por la doctrina precisamente por “apartarse del estereotipo masculino y buscar sin complejos la protección de la mujer”, pues la perspectiva igualitarista es errónea ya que “un hombre jamás pasará por ese trance”¹⁴.

Es importante destacar que no se trata de una regulación sobre conciliación de vida personal, familiar y laboral, sobre la cual la norma más relevante es la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, “por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la UEAPME, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE”¹⁵. Este texto es fruto de la negociación de los interlocutores sociales plasmada en el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental celebrado por Business Europe, la UEAPME, el CEEP y la CES, de 18 de junio de 2009¹⁶. En base a este origen negocial y con el objetivo de convertirse en un texto de mínimos que homogeneice las diferentes legislaciones nacionales en materia de conciliación, se ha justificado el carácter poco taxativo que presenta la Directiva. Esta Directiva tiene como objeto principal desarrollar ese Acuerdo Marco sobre el permiso parental que establece las cláusulas mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares, fundamentalmente de los padres que trabajan. De esta manera, diferencia entre el permiso de maternidad, el parental y sobre las ausencias al trabajo por causas de fuerza mayor (Considerando 15). Esta apreciación es muy relevante ya que pretende aclarar de una vez por todas que la maternidad no es sinónimo de conciliación y no pueden las disposiciones sobre ésta suplir específicos permisos parentales. De hecho, sobre la adopción hace una mención específica que, a pesar de ser muy general, abre la posibilidad de que se contemple con las especialidades que le son propias, lo que bien utilizado, puede ser muy beneficioso para los padres adoptantes (Cláusula 4ª)¹⁷.

En la línea marcada por la Directiva 92/85/CE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha hecho una interpretación amplia del concepto de permiso de maternidad al contemplar su doble vertiente de ofrecer una protección biológica materna y a la vez garantizar las especiales relaciones entre la madre y el niño en los momentos posteriores al nacimiento o adopción¹⁸. Además, este Tribunal¹⁹, en un

¹⁴ CABEZA PEREIRO, J., “Maternidad y riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 238.

¹⁵ DOUE L 68/13, de 18 de marzo de 2010. Si bien, según la Cláusula 8, Disposiciones Finales, nº. 4, los Estados miembros cuentan con un plazo de 2 años para transponer el contenido de esta Directiva. Así se plasma en el art. 3 del texto de la Directiva, si bien reconoce la posibilidad de que se conceda excepcionalmente un año más “si fuera necesario para tener en cuenta dificultades particulares o la aplicación mediante convenio colectivo, los Estados miembros podrán disponer de un período adicional de un año como máximo para dar cumplimiento a la presente Directiva. Informarán de ello a la Comisión a más tardar el 8 de marzo de 2012, declarando los motivos de la necesidad de un periodo adicional”.

¹⁶ Fecha de presentación ante la Comisión, 30 de julio de 2009, COM (2009) 410 final.

¹⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010, pp. 29 y ss.

¹⁸ STJUE de 12 de julio de 1984, asunto “Hoffman” (C-184/83). Sobre este pronunciamiento,

primer momento, se ocupó fundamentalmente de la protección de la maternidad contra despido objetivo por faltas de asistencia, debidas a problemas de salud, refiriéndose sólo al espacio temporal entre el embarazo y la finalización del permiso de maternidad²⁰. Con posterioridad, la protección se amplió al riesgo durante el embarazo²¹ y al período siguiente a la terminación del permiso, siempre que se demuestre que la rescisión contractual comenzó a articularse previamente por motivos discriminatorios²². Más reciente y restrictiva parece la nueva corriente interpretativa que ha dejado desprotegidas a las madres subrogantes, al negárseles el permiso de maternidad por no cumplir con el requisito biológico del embarazo²³.

En el ordenamiento español, la Ley de 13 de marzo de 1900²⁴, sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños, reconoció por primera vez el descanso obligatorio post-parto, el descanso voluntario por causa de próximo alumbramiento con reserva de puesto de trabajo y la pausa retribuida por lactancia. Sin ánimo de exhaustividad y prescindiendo de antecedentes normativos más remotos²⁵, otra norma que marcó un hito importante en el derecho interno fue la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplió de catorce a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo²⁶.

Dentro de la evolución de esta normativa reciente, la más destacada es la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las

CARACCILO DI TORELLA, E. y MASSELOT A., *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Palgrave- Macmillan, London, 2010, p. 67.

¹⁹ MIRANDA BOTO, J. Mª., “La Directiva 92/75/CEE: una norma clásica de perenne actualidad”, en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 136 y ss.

²⁰ STJUE de 30 de junio de 1998, C-394/96, asunto “Brown” y STJUE de 8 de noviembre de 1990, C-179/88, asunto “Hertz”.

²¹ STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08, asunto “Sanna Maria Parviainen contra Finnair Oyj”.

²² STJUE de 11 de octubre de 2007, C-460/06, asunto “Paquay”.

²³ SSTJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, asunto “C.D. contra S.T.”, y C-312/12, asunto “Z. contra A Government department and the Board of management of a community school”. Comentario, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº. 3, 2015, pp. 96 y ss.

²⁴ *Gaceta* de 14 de marzo de 1900. En relación con el proceso de redacción y aprobación de esta norma, ESPUNY TOMÁS, M., “La Protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *IUSLabor* 2/2007, www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/72329/82565.

²⁵ Destacan otras normas como la Ley de 1931 sobre el Seguro de Maternidad, en la que se reconoce por primera vez la implantación de un subsidio de maternidad cubierto con aportaciones patronales, del Estado y de las trabajadoras. Un estudio al respecto, NIELFA CRISTÓBAL, G., “Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral”, Ejemplar multifotocopiado, http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/lina_galvez/nielfa.pdf.

²⁶ Análisis de esta evolución normativa, TORTUERO PLAZA, J.L., *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, op. cit., pp. 56-59.

personas trabajadoras²⁷. Con esta norma el legislador español transpuso al ordenamiento interno la Directiva 92/85/CEE y la Directiva 96/34/CE. En realidad la primera de ellas se transpuso al Derecho interno por medio del art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales²⁸. Se trataba de una regulación incompleta que no incluía la previsión que incorporó la Ley 39/1999, sobre la posibilidad de que la trabajadora que por su embarazo no pudiese prestar otro servicio en la empresa, quedara dispensada de su actividad laboral hasta que pudiese realizarla sin riesgo para su salud o la del feto.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, fue la primera que se ocupó de la transposición de la Directiva 96/34/CE. Las medidas adoptadas se refirieron a aumentar y mejorar técnicamente los derechos derivados de embarazo, parto y lactancia, así como el tiempo de licencia de atención a menores y mayores que no puedan valerse por sí mismos. Otro grupo de modificaciones estuvieron encaminadas a facilitar que el padre asumiese las licencias para el cuidado de familiares y se mejoró la acción protectora de la Seguridad Social para que fuese el sistema público el que soportara el coste de estas acciones²⁹.

En relación con la materia que nos ocupa, destaca la transposición del art. 10 de la Directiva 92/85/CE en la Ley 39/1999 ya que supuso una modificación laboral y procesal muy importante que suponía calificar como nula la decisión extintiva por causas objetivas o el despido disciplinario “de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período por suspensión”, salvo que “se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo” [arts. 53.4, b) y 55.5, b) Estatuto de los Trabajadores -ET, en adelante- y 108.2, b) y 122.2, b) de la Ley de la Jurisdicción Social -LJS, en adelante-]. Es evidente que la normativa española resulta más proteccionista que la europea porque no requiere la comunicación del embarazo de la trabajadora al empresario para considerarla bajo su ámbito de protección, lo que requería la Directiva. Esta circunstancia dio lugar a problemas interpretativos sobre la aplicación de la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, en concreto, en lo que se refiere a que si la prohibición de despido exige la acreditación del conocimiento del embarazo por la empresa o si se aplica automáticamente³⁰. En concreto, se ha cuestionado si es obligatorio que la trabajadora informe sobre su estado de embarazo. En este sentido, el art. 26 de la Ley de

²⁷ Ley 39/1999, de 5 de noviembre de 1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE de 6 de noviembre; corrección de erratas en BOE de 12 de noviembre).

²⁸ BOE de 10 de noviembre de 1995.

²⁹ Un análisis detallado CABEZA PEREIRO, J., “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *op. cit.*, pp. 29 y ss. También TORTUERO PLAZA, J.L., *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, *op. cit.*, pp. 62-70.

³⁰ Estudio jurisprudencial sobre el tema, *vide* LOUSADA AROCHENA, F. *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, 167 y 168.

Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL³¹) no exige expresamente que la trabajadora embarazada comunique su estado a la empresa, a diferencia de lo previsto en la normativa europea. La ausencia de ese deber específico no puede subsumirse dentro del deber genérico de cooperación con el empresario sobre la obligación de informar de cualquier situación que pueda entrañar riesgo para la seguridad y salud del trabajador (art. 29.2 LPRL). Antes al contrario, la trabajadora tendrá derecho a mantener el estado de embarazo dentro de su intimidad, mientras no decida libremente ponerlo en conocimiento del empresario³². Esto ha dado lugar a cuantiosa y cualitativa jurisprudencia, de manera que sobre esta cuestión se volverá en las próximas páginas.

En todo caso, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, pretendía ser muy ambiciosa en materia de conciliación, según se deduce de su propio título pero su regulación ha sido merecedora de numerosas críticas doctrinales precisamente por limitarse a introducir o corregir modificaciones técnicas y “no haber afrontado el reto de la igualdad real por medio de medidas de acción afirmativa, potenciando realmente la asunción masculina de las responsabilidades domésticas y familiares”³³.

II. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

En 2007 se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI)³⁴ que en realidad, constituye la transposición de la Directiva 2002/73/CE. Esta norma parece dar mejor cabida y atención al objetivo de la conciliación de las obligaciones privadas y laborales de la persona. Así ha integrado la regulación de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como una técnica indirecta para la consecución del principio de igualdad³⁵.

La concepción del principio de igualdad y no discriminación bajo la óptica de la transversalidad, se plasma en la Exposición de Motivos de la LOI “como principio fundamental” lo que “implica necesariamente una proyección del principio de igualdad

³¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE de 10 de noviembre de 1995.

³² LLANO SÁNCHEZ, M., “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en AA. VV., *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 350.

³³ Por todos, BALLETER PASTOR, M^a. A., *Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 9-10.

³⁴ BOE de 23 de marzo de 2007.

³⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en AA. VV., *Igualdad de Mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Civitas, Pamplona, 2007, pp. 357-358.

sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad”. Por lo tanto, no puede existir ningún ámbito jurídico ajeno al principio de igualdad. Se trata de una de las manifestaciones legislativas más intensas del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación por razón de sexo o género (arts. 14 y 35.1 de la Constitución Española³⁶ –en adelante CE-) que afecta de manera especial al ámbito de las relaciones laborales³⁷.

La transversalidad del principio de igualdad se incorpora al ordenamiento español en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta técnica reguladora también se había recogido en el “IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006)” basado en las directrices de la “Estrategia Marco Comunitaria sobre Igualdad de Oportunidades entre Hombre y Mujeres (2001-2005)”. Ahora bien, realmente es en la LOI donde se recoge de manera más contundente, como se plasma a lo largo de todo su articulado, pues afecta a muy distintos ámbitos: educación, sanidad, medios de comunicación, desarrollo rural, vivienda, empleo público, etc.

El art. 14 LOI impone a los poderes públicos la integración efectiva del principio de igualdad en el conjunto de las políticas económicas, laborales, sociales, culturales y artísticas, e insiste en el art. 15 al señalar que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal la actuación de los poderes públicos” y continúa especificando que habrá de ser tenido en cuenta “en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”. Ahora bien, el legislador también contempla la igualdad en las empresas a partir de los planes de igualdad de la negociación colectiva (arts. 43 y 45 a 49 LOI), como una consecuencia de ese principio de transversalidad³⁸.

La articulación de la igualdad como principio fundamental del ordenamiento jurídico en general se enuncia de manera clara y tajante en el art. 1.2 LOI, al señalar que el objeto de esta ley es “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres” y en el apartado siguiente, explica que “establece los principios de actuación...y medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo”. También el art. 2 que regula el ámbito

³⁶ Constitución Española de 1978.

³⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “El derecho de las mujeres a la igualdad efectiva”, en AA. VV., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Comares, 2008, pp. 1-11.

³⁸ LOUSADA ARCHENA, J.F., “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, en AA. VV., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTI, 2008, p. 32.

de aplicación, lo hace con la expresión muy amplia “todas las personas”, como destinatarias de este derecho de igualdad y el apartado siguiente se refiere a “toda persona, física o jurídica” como sujetos de las obligaciones de esta ley. Sobre todo, pretende la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo, entendido en sentido amplio -acceso, formación, promoción y en las condiciones de trabajo en general- (art. 5)³⁹.

Acerca de la articulación jurídica del principio de transversalidad en la LOI, el Dictamen preceptivo del Consejo de Estado 803/2006⁴⁰ muestra sus reticencias⁴¹. En lo que sí existe unanimidad es en considerar que efectivamente es una norma de carácter transversal. De hecho, resulta significativo que se haya ampliado el ámbito de la conciliación a la esfera de lo “personal”, como consta en su enunciado⁴².

En todo caso, la mayor parte de las medidas que la LOI incorpora al ordenamiento jurídico se encuadran en el ámbito del empleo y de las relaciones laborales. Estas normas tienen como finalidad principal favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y especialmente hacer partícipes de esas responsabilidades a los hombres en igualdad de condiciones que las mujeres. Tales medidas de conciliación, así como aquellas que prohíben toda repercusión negativa derivada del ejercicio de esos derechos, constituyen un elemento esencial para hacer efectiva en la práctica la verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales.

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocen como un criterio general de actuación de la LOI, un medio indirecto para conseguir la

³⁹ MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L., “La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación”. Recepción en la Ley de Igualdad”, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁰ Aprobado el 22 de junio de 2006.

⁴¹ Estima que dada la importancia del tema y la transversalidad en su implantación, “hubiera merecido una elaboración más sosegada y con mayor participación de todos los sectores sociales afectados”; en el mismo sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, *Revista de Relaciones Laborales*, nº. 8, 2007, pp. 5-6. Otra postura doctrinal, aun admitiendo los defectos de los que puede adolecer la norma, estima apropiada la técnica de la transversalidad seguida por el legislador “ya que la alternativa a ella supondría renunciar al tronco normativo común, como el que integra el articulado de la LOI” o bien “abrir dos procesos normativos distintos, uno destinado a regular ese tronco común y otro u otros dedicados a modificar las distintas leyes afectadas”, lo que daría lugar a un fraccionamiento de la regulación y también adolecería de la insuficiencia de cambios en el ordenamiento jurídico que se critica de la LOI, *vide* MONTROYA MELGAR, A., “Significado de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AA. VV., *Igualdad de Mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Civitas, Pamplona, 2007, p. 46.

⁴² CABEZA PEREIRO, J., “Derechos de conciliación”, en AA. VV., *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Francis Lelefevre, Madrid, 2007, p. 122.

igualdad (art. 14.8) y aparecen dispersos por toda la norma. Sin ánimo de exhaustividad, entre las reformas más relevantes destacan⁴³:

- el reconocimiento de nuevos permisos retribuidos o no. Destaca el permiso por paternidad de único disfrute para el padre aunque voluntario;
- la ampliación de los permisos o licencias ya existentes con la finalidad de prestar atención a los recién nacidos y a la salud de la madre;
- la reducción o adaptación del tiempo de trabajo que busca la adaptación de las obligaciones laborales a las personales;
- el establecimiento de nuevas causas suspensivas de la relación laboral para proteger más supuestos familiares en los que sea preciso ejercer derechos de conciliación de manera excepcional;
- se amplían los derechos de Seguridad Social y se intenta minimizar el impacto de la conciliación de la vida personal y familiar sobre el seguro del beneficiario de la prestación;
- se amplían los supuestos de protección frente al despido;
- y se reconocen nuevas obligaciones y derechos en el ámbito específico de la negociación colectiva.

La Ley, en el art. 44.1, señala que la finalidad de estas medidas es fomentar “la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. En realidad, este precepto es una declaración de intenciones que no encuentra amparo en la regulación de la propia norma. El legislador continúa contemplando los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde una óptica femenina. Es decir, la articulación legislativa pone de manifiesto que se trata de medidas destinadas básicamente a mujeres. De hecho, se mantiene el permiso para atender a familiares por afinidad -así será la mujer la que continúe cuidando a su familia política-, la madre sigue siendo la titular del permiso por lactancia, y la reducción de jornada o la excedencia para el cuidado de familiares no requiere una participación activa por parte de ambos titulares. En comparación, destaca positivamente que para el caso de empleados públicos la LOI establece un permiso específico sólo para el cuidado

⁴³ Análisis de estas novedades legislativas, DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista de Relaciones Laborales*, n.º. 8, 2007, pp. 72-97; AGUILERA IZQUIERDO, R., “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *op. cit.*, pp. 363-365. En la negociación colectiva, LOUSADA ARCHENA, J.F., CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. y FERNÁNDEZ PROL, F., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTI, 2008.

del familiar directo en primer grado aunque tampoco hace mención expresa a la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de hijos (art. 56 LOI).

El apartado 2 del art. 44, señala una obviedad como que el permiso y la prestación de maternidad se disfrutarán según la legislación de Seguridad Social. Más interesante es el último apartado que reconoce, por primera vez en nuestro ordenamiento, un permiso de paternidad independiente del de maternidad cuya finalidad es “contribuir al reparto de responsabilidades familiares”. Pretende dar respuesta a una eterna reivindicación de los agentes sociales, sin embargo, su trascendencia dista mucho de ser relevante⁴⁴.

Por su parte, el art. 42 destaca como un objetivo prioritario de las políticas de empleo la participación de las mujeres en el mercado de trabajo a través de “la mejora de la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres” al potenciar “su nivel formativo y su adaptabilidad al mercado de trabajo”. Se trata de instrumentos y objetivos coincidentes con los de las directrices europeas.

Tanto para el desarrollo de estas medidas de empleo como de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la LOI se remite a la negociación colectiva (arts. 43 y 45 a 49, respectivamente). El art. 45 establece la obligación de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. En el resto, la obligación de negociar planes de igualdad es voluntaria. Sin embargo, será obligatorio elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando el convenio colectivo que les sea aplicable lo establezca y cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración de un plan de igualdad. Ahora bien, hay que distinguir por un lado el deber de negociar y por otro, el deber de elaborar y aplicar el plan. El primero implica la obligación de sentarse a negociar e intentar llegar a un acuerdo, pero esto no significa que exista el deber de conseguirlo.

Para imponer la obligatoriedad, la LOI debería haber modificado el art. 85.3 ET e incluir como contenido mínimo de los convenios colectivos la elaboración de un plan de igualdad o la adopción de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades. En lugar de esto, ha incorporado un nuevo párrafo al art. 85.1 ET, de tal manera que se incorpora una nueva materia sobre la que deben negociar los convenios colectivos, como es la adaptación de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad. Se

⁴⁴ Se recoge en el art. 48 bis ET, introducido por el RD 295/2009, de 6 de marzo. Se configura como un derecho individual del padre o de uno de los progenitores, y de carácter intransferible. En todo caso, se ha criticado carezca de carácter obligatorio, lo que puede hacer que pierda gran parte de su efectividad y su ampliación a cuatro semanas se ha ido posponiendo en las sucesivas leyes de Presupuestos del Estado. La última ha sido la modificación de la disp. final 10 de la Ley núm. 36/2014, de 26 de diciembre, que establece que se ampliará a partir del 1 de enero de 2016.

impone la obligación de negociar sobre una determinada materia, cosa distinta es que se llegue o no a un acuerdo⁴⁵.

En definitiva, el principio de transversalidad se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español expresamente. Si bien puede apreciarse que podría ser más incisivo en lo que se refiere a su exigencia en el ámbito de la negociación colectiva, lo cierto es que tanto las administraciones públicas como las empresas e instituciones privadas han de respetarlo y ello implica que el principio de igualdad de género no puede ser vulnerado ni directa, ni indirectamente.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA. ESPECIAL REFERENCIA AL DESISTIMIENTO EMPRESARIAL DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

En el ámbito de nuestro Tribunal Constitucional existen dos etapas en lo que se refiere a su postura sobre el desistimiento empresarial de una trabajadora embarazada. Obviamente, ambas vienen determinadas por sendos pronunciamientos⁴⁶. Cabe decir, no obstante, que tal vez recientemente se ha dado paso a otra postura jurisprudencial, pero de corte bastante más restrictivo que las precedentes. Es por ello que ha de comentarse y centrará buena parte de las páginas que siguen, por ser la más reciente, aunque se puede adelantar ya que no se considera la doctrina más acorde con la legislación y la doctrina que se ha expuesto hasta ahora.

El Tribunal Constitucional, en un primer momento consideró que la discriminación por razón de sexo comprende la concurrencia de razones o circunstancias que tengan conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona trabajadora, como es el embarazo. El punto de partida lo conforman las sentencias nº. 173/1994, de 7 de junio y nº. 166/1988, de 26 de septiembre, así como la STC nº. 94/1984, de 16 de octubre. En todas ellas se consideró que existía vulneración de los derechos de las trabajadoras afectadas al no estimarse por el Tribunal que el empresario aportase pruebas suficientes

⁴⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Medidas de igualdad en el empleo. La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres”, en AA. VV., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Pamplona, 2007, pp. 323-349.

⁴⁶ IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales”, *Revista de Actualidad Laboral*, nº. 1, 2014, pp. 50 y ss.

que justificasen que la resolución del contrato de trabajo se debía a un motivo distinto de la situación de embarazo⁴⁷.

Directamente, en esto supuestos, se producía un desplazamiento de “onus probandi”, es decir, debe ser el empleador el que aporte pruebas suficientes respecto del despido en orden a descartar propósitos atentatorios contra los derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante, previamente, quién alegue esas causas como motivadoras de la resolución contractual debería aportar indicios que generen una razonable sospecha de veracidad de semejante alegato. Esta doctrina se resume en la STC nº. 207/2001, de 22 de octubre y forma pormenorizada en la STC nº. 41/2002, de 25 de febrero, al señalar que “por lo que se refiere a la vulneración de la distribución de la carga de la prueba alegada, se ha de recordar que, para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio. Del conjunto de hechos probados no es posible deducir la existencia del hecho a probar: la existencia de un indicio o principio en el que basar la presunción de vulneración del derecho a la no discriminación por embarazo alegado por la recurrente en el recurso de amparo. El resultado es, pues, que, no habiéndose aportado indicios suficientes de la vulneración constitucional, el órgano judicial no tiene obligación de proceder a la inversión de la carga de la prueba de modo que la empresa demandada venga obligada a probar la inexistencia del propósito lesivo del derecho fundamental”. Efectivamente, en ese caso el despido puede declararse improcedente, pero según la doctrina del TC el hecho de que no se conociese el estado de embarazo por parte de la empresa, ni que se hayan aportado otros indicios que hagan pensar que la decisión empresarial responde a motivos discriminatorios, hace que el despido no sea considerado nulo.

Resulta importante señalar, como el augurio de un cambio de tendencia, la STC nº. 17/2003, en el que se produce el cese en la empresa de forma simultánea al conocimiento del embarazo de la trabajadora, no obstante la empresa no aporta indicios suficientes que desvirtúen la discriminación alegada. En todo caso, el Tribunal va más allá porque conecta los artículos 14 y 10 de la CE. Es decir, relaciona el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación con el derecho a la dignidad de todas las

⁴⁷ NORES TORRES, L. E., “Protección de la maternidad” en AA. VV., *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 130 y ss.

personas. Y, esta sentencia destaca también porque se refiere a la “parificación” o paridad entre los sexos como el objetivo principal que se propone conseguir el mismo texto constitucional. Afirma que “la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los Poderes Públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo”. Además, interpretando este mandato constitucional y haciendo referencia a varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y al propio Convenio nº. 158 de la OIT, señala que “en consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado”. Ya se puede adelantar que este pronunciamiento va a ser muy importante en última doctrina del TC en relación con la protección del trabajo de la trabajadora embarazada, al menos en el Voto particular disidente de la sentencia que se analizará.

En todo caso, la protección de la discriminación por razón de sexo comprende también comportamientos que se deriven del sexo de la persona perjudicada, tanto cuando tengan una relación directa, como indirecta. Destaca el pronunciamiento del Tribunal sobre el despido de una trabajadora quien tras encadenar varios contratos temporales – que habían convertido la relación en indefinida, por ser contratos temporales en fraude de ley-, no es renovada en su relación laboral porque la empresa conoce de su estado de embarazo. La Sentencia nº. 175/2005 de 4 de julio recuerda “que esta causa de discriminación, que es, precisamente, la que se aduce en la demanda de amparo,

conviene recordar que su exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer” y vuelve a recordar que “la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres (...). Tal clase de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”. Otros pronunciamientos igualmente relevantes se refieren a la conservación de todos los derechos de la trabajadora embarazada en igualdad de condiciones, sin que sea constitucional la actuación del INEM cuando excluye de una lista de posibles candidatos a un puesto de trabajo a una trabajadora que estaba de baja por maternidad y en desempleo, como refleja la STC nº. 214/2006, de 3 de julio. Y, de manera espacial, lo señala claramente la STC nº. 182/2005 de 4 de julio: “la protección de la condición biológica de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de su derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por su embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”.

Precisamente, destaca la jurisprudencia reciente del TC sobre la protección de los derechos económicos, de antigüedad y de cualquier otra clase, en relación con la maternidad. Así, STC nº. 66/2014, de fecha 5 de mayo resuelve el recurso sobre el reconocimiento, con carácter retroactivo, de todos los derechos económicos, de antigüedad y de otra clase, desde el día en que los compañeros de la demandante tomaron posesión de sus plazas en el cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, realizando un curso práctico previo programado para el día en el que ella tenía programado el parto. La trabajadora demandante realizó el curso con posterioridad y se incorporó después a su puesto de trabajo, de manera que a causa de su embarazo no pudo superar el curso de prácticas hasta un año después que sus compañeros de promoción, lo que hace que no fuese nombrada funcionaria hasta un año después que el resto de sus compañeros de promoción. La STC recuerda que las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE implican como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que implican la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como mayor rigor respecto de las exigencias materiales de proporcionalidad. El embarazo es un elemento o factor diferencial que incide de forma exclusiva en las mujeres y recuerda que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de

discriminación directa por razón de sexo”. Según esa doctrina del TC corresponde a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE.

Además se reconoce también que las estadísticas demuestran que la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral tienen la maternidad y la lactancia sobre la conservación del empleo, lo que afecta negativamente a las mujeres, en comparación con los trabajadores varones, al igual que atender al cuidado de hijos de corta edad, en relación con la reincorporación al trabajo y permanecer en él (STC 3/2007, de 15 de enero). Como ya se ha comentado esto también se puso de manifiesto en la propia LOI (arts. 3, 8 y 51 y en la Exposición de Motivos) y la jurisprudencia del TJUE, en Sentencia de 6 de marzo de 2014, asunto “Napoli”, se pronunció en este mismo sentido en una cuestión similar.

Es evidente, por tanto, que en esta primera etapa el TC basaba su decisión, fundamentalmente, en la valoración de los indicios aportados por la trabajadora respecto de la discriminación alegada, es decir, la vulneración del art. 14 CE. En este sentido destaca como el ordenamiento procesal funciona como un mecanismo instrumental que sirve a los fines de la regulación sustantiva⁴⁸, particularmente, la protección de la trabajadora embarazada.

Resulta muy importante, al respecto, la STC nº. 17/2007 de 12 de febrero. Se trata de la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora porque, según alega la empresa, no ha superado el período de prueba debido a la disminución de rendimiento profesional. Ahora bien, la trabajadora en cuestión ha sufrido varias bajas médicas con ocasión de sendos embarazos que se frustraron y ocasionaron bajas médicas por abortos. De tal manera que se concede el amparo en base a tres motivos principales. En primer lugar, el hecho de que otras trabajadoras embarazadas no hayan sido despedidas, no obsta a que en el caso de autos se haya producido una discriminación por razón de sexo. Tampoco resulta aceptable el argumento de que de las cuatro bajas, sólo dos fueron por aborto, si bien todas tenían relación con su estado de gestación, aunque sólo dos estuvieran relacionadas con el embarazo, son suficientes para mantener el indicio de discriminación. Y, para concluir, se identifica el embarazo con un estado patológico que, al provocar una disminución del rendimiento de la trabajadora, justifica la extinción del contrato. Se obvia, por tanto, que las ausencias derivaban de su estado gestacional, de manera que sólo pueden afectar a mujeres. En definitiva, la empresa demandada (Telefónica) no ha acreditado la existencia de causa alguna, fundada y real,

⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y proceso de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 38, 1999, p. 247; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La carga de la prueba y la tutela del trabajador”, *Relaciones Laborales*, nº. 20, 2009, p. 18.

que permita destruir la apariencia discriminatoria creada y que su decisión fue ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental y que los indicios aportados por la demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho garantizado en el art. 14 CE. Es decir, deja claro que la extinción durante el periodo de prueba será nula si vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora⁴⁹. Este planteamiento, además de coherente desde el punto de vista procesal, trata de impedir la utilización fraudulenta del periodo de prueba⁵⁰.

Esta doctrina jurisprudencial asentada a lo largo de los años se va a ver alterada por el cambio normativo del art. 55.5, b) ET que, como se ha comentado, considera nulo el despido de la trabajadora embarazada directamente, prescindiendo de los indicios que se puedan aportar. Esta transformación legislativa tendrá su reflejo más evidente en la STC nº. 92/2008, de 21 de julio⁵¹. Se trata de una trabajadora embarazada que fue despedida durante su embarazo sin que en el acto de juicio constara acreditado el conocimiento de la empresa del estado de la gestante. Sin embargo, la empresa reconoce en la misma carta de despido la improcedencia del mismo, pero no la nulidad. Pues bien, el Tribunal Constitucional sí estima la nulidad del despido, no por vulneración del art. 14 CE, porque efectivamente parece no haber indicios que avalen una discriminación por razón de sexo, no obstante el pronunciamiento de la instancia recurrida no ha respetado el art. 24 CE, relativo a la tutela judicial efectiva y que exige del juez una resolución motivada en derecho y acorde con la legalidad vigente, es decir, razonada y no arbitraria. Así, dado el tenor del art. 55.5, b) ET, no se requiere por el empresario el conocimiento del embarazo para deducir una lesión contra el derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo del art. 14 CE, en el caso de una trabajadora embarazada, ya que ha de aplicarse un “canon de motivación reforzado”.

En otras palabras, la doctrina de la STC nº. 92/2008 diferencia entre la “nulidad objetiva” de la “nulidad por discriminación”. Esto establece que en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas debe diferenciarse si la decisión empresarial responde precisamente al embarazo -móvil discriminatorio- o si la decisión extintiva meramente coincide en el tiempo con el estado de gestación de la empleada, sin que tal circunstancia sea conocida por el empresario. En el primer caso se trata de la nulidad radical del despido por la quiebra directa del art. 14 CE por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo. En el segundo caso el despido ha de ser declarado nulo en virtud del sistema de tutela objetiva introducido por la Ley 39/1999, art. 55.5 b) ET, de manera que si la jurisdicción social no declarase la nulidad

⁴⁹ IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales”, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M., *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 46.

⁵¹ Un análisis exhaustivo de estas sentencias en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 164/2014. Comentario de jurisprudencia. BIB 2014/1074.

del despido en este supuesto ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Se trataría de una garantía de indemnidad reforzada a favor de las trabajadoras embarazadas. De esta manera también se está protegiendo el derecho a la intimidad de la trabajadora que no quiera manifestar su embarazo a su empresario, es decir, se está dando viabilidad al art. 18 CE sobre el derecho a la intimidad⁵².

Finalmente, el Tribunal razona sobre la finalidad de la Ley 39/1999, en aras de conseguir una verdadera conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, y subraya la importancia de eliminar la discriminación retributiva y en el empleo, como una manifestación importantísima de la discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

Esta doctrina sobre el canon reforzado, es reiterada en la STC nº. 124/2009, de 18 de mayo. Se trata de una trabajadora que en el momento del despido está embarazada, sin que se consiga probar que el empresario conocía esta circunstancia, si bien, en la misma carta de despido se reconoce la improcedencia del mismo. No obstante, aunque el ponente asume la doctrina de la sala en cuanto a al canon reforzado de constitucionalidad al aplicar el art. 24.1 CE en relación con el art. 14 CE., emite, él mismo, un voto particular en el que estima que con la doctrina referida el Tribunal Constitucional puede caer en la tentación de convertirse más en legislador que en un intérprete de la Constitución. Considera que “la idea de discriminación exige con lógica naturalidad el conocimiento del hecho al que se refiera la discriminación, y por ello no creo que pueda hablarse correctamente de despido “motivado por el embarazo” si el embarazo no se conoce”. Y se muestra muy crítico con la interpretación contextual del art. 55.5, b) ET que se hace en la STC nº. 92/2008⁵³.

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de abril de 2011, no considera aplicable esa doctrina del canon reforzado sobre el desistimiento empresarial durante el período de prueba respecto de una trabajadora embarazada. Así no aplica la teoría de la “nulidad objetiva”⁵⁴ porque diferencia jurídicamente entre la extinción del contrato y el desistimiento durante el período de prueba. Esto implica que el despido sería nulo si se acredita una discriminación relacionada con el embarazo, lo que implica su conocimiento por parte del empresario y una inversión de la carga de la prueba.

⁵² IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales”, *op. cit.*, p. 53.

⁵³ Un análisis de ambas sentencias en LASAOSA IRIGOYEN, E., “Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 57/2014. BIB 2014/75.

⁵⁴ RODRÍGUEZ COPÉ, Mª. L., “Inaplicación de la *nulidad objetiva* en los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? De la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Temas Laborales*, nº. 123, año 2014, pp. 186-187.

En definitiva, no cabe aplicar analógicamente la prohibición de despido de la trabajadora embarazada (art. 55.5 ET) al desistimiento durante la vigencia del período de prueba. La propia sentencia concluye que “en una fase inicial –y precaria– de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón de embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que es de configuración legal”. Y, en un análisis de la legalidad, considera que no se ha demostrado que la empresa conociese el estado de embarazo de la despedida y, en su favor, la empresa alega que no ha habido discriminación porque en el mismo momento también desistió de contratar a un trabajador varón por el mismo motivo alegado en el caso de la controversia, que es no haber superado el período de prueba por “no haber alcanzado los objetivos mínimos fijados en la contratación inicial”. No obstante, la sentencia contiene un extenso voto particular en el que se concluye que la protección a la mujer embarazada debe ser idéntica durante el período de prueba a la que se establece cuando está en vigor el contrato, dado que “no existen elementos objetivos y razonables para tal distinción”.

Pues bien, la trabajadora presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que se resuelve en la Sentencia nº. 173/2013 de 10 de octubre. El Tribunal desestima la pretensión de la recurrente porque considera acorde con la Constitución la inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba, no obstante ya se adelanta que cuenta con un voto particular concurrente y otro disidente, firmado por cuatro magistrados.

La decisión mayoritaria considera que la doctrina de las SSTC nº. 92/2008 de 21 de julio, y la nº. 124/2009, de 18 de mayo, resolvían un caso “sustancialmente diferente”, ya que en el supuesto recurrido el contrato aún no se encontraba vigente, pues estaba en período de prueba. Al mismo tiempo, recuerda la doctrina de la STC nº. 17/2007, precisamente porque sí estimó la vulneración del art. 14 CE a causa de la extinción del contrato durante el período de prueba al haberse aportado indicios discriminatorios suficientes que permitieron alegar la inversión de la carga de la prueba –también se refiere, en esta línea, a la STC nº. 17/2003–.

En la Sentencia nº. 173/2013, el Tribunal Constitucional considera que la sentencia objeto de recurso “satisface plenamente las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)”, pues “el análisis de la cuestión planteada que se contiene en la Sentencia impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo expresa una argumentación axiológica no solo motivada y fundada en Derecho, sino plenamente coherente y respetuosa con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo”.

Y, redundando en esa solución, afirma que “no cabe formular reproche alguno desde la perspectiva del canon reforzado de motivación a una interpretación judicial que sostiene que el sistema de tutela objetiva previsto por la Ley 39/1999 para el despido de la trabajadora embarazada no resulta aplicable a las extinciones del contrato en el período de prueba, 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. Esta interpretación, en efecto, no resulta constitucionalmente reprochable, dado que no priva de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba, que, pese a no exigir siquiera causa ni motivación de ningún tipo –pudiendo responder, por su propia naturaleza, a la pura voluntad empresarial- no pueden, claro está, vulnerar derechos fundamentales, como tiene establecido nuestra doctrina, antes citada (SSTC 94/1984, FJ 3 y 166/1988, FJ 4), y se recuerda precisamente en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”.

Finalmente, vuelve a aludir a la necesidad de aportar indicios sobre la discriminación alegada y también alega al despido del trabajador varón como una actuación empresarial que desvirtúa cualquier tipo de actuación discriminatoria por razón de sexo, al tratar a ambos trabajadores por igual.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional apoya el fallo de la instancia ordinaria y deniega el amparo fundamentalmente por dos cuestiones. En primer lugar porque no se ha vulnerado la tutela judicial efectiva y porque las sentencias impugnadas han interpretado conforme a las exigencias de la doctrina constitucional el derecho a lo no discriminación por razón de sexo, refiriéndose a la aportación de los indicios como referencia⁵⁵.

Como se ha adelantado a esta resolución se presentan dos votos particulares⁵⁶. En cuanto al voto concurrente, en primer lugar recuerda la doctrina jurisprudencial sobre los indicios de discriminación y critica que no es preciso en este caso centrar el debate en la interpretación del art. 55.5 b) ET, sobre la nulidad objetiva del despido. Además, recuerda que el propio Ministerio Fiscal pone de manifiesto que se trata de “un supuesto en el que no había conocimiento por parte del empresario del estado de gravedad de la trabajadora”, añadiendo, como consecuencia la ausencia, la ausencia de indicios de tal

⁵⁵ *Ibidem*. También LOUSADA AROCHENA, J. F., “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, *Revista de Derecho Social*, nº. 63, 2013, pp. 147-149.

⁵⁶ Un análisis exhaustivo, en LOUSADA AROCHENA, J. F., “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, *op. cit.*, pp. 149-152. También, LASAOSA IRIGOYEN, E., “Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva”, *op. cit.*; QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales”, *op. cit.*

discriminación, entre otras razones. Esto, según el magistrado, debería haberse analizado más profundamente. Asimismo, descarta la alusión al despido del trabajador varón como un hecho relevante para justificar la decisión del Tribunal, pues “bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar período de prueba”.

En cuanto al Voto disidente, comienza señalando la finalidad de parificación frente a situaciones de desventaja estructural de determinados colectivos, ante lo cual ha de aplicarse el art. 14 CE, para evitar la persistencia y postergación de esas aptitudes y contextos. Para el Magistrado que redacta el Voto –y por extensión, para los firmantes– el régimen tuitivo revisto en el art. 55.5, b) ET, en caso de despido de embarazadas, no constituye una mayor protección añadida por el legislador, sino que se desprende del propio carácter e interpretación del art. 14 CE. La diferencia de otros pronunciamientos constitucionales entre “tutela intencional” y “tutela objetiva” de la discriminación no ofrece criterios distintivos realmente. Este Magistrado sostiene que si bien la primera se configura como el núcleo del derecho de no discriminación, la segunda también conforma parte esencial de ese derecho fundamental a la no discriminación. Es decir, la tutela antidiscriminatoria del art. 14 CE no exige por parte de quién lesiona intención o dolo, sólo que efectivamente se produzca el daño. Por lo tanto, no se podrá distinguir a la hora de proteger el derecho. Con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección otorgada por el art. 14 CE, el desistimiento empresarial durante el período de prueba, respecto de las trabajadoras embarazadas, goza de una tutela directa de protección, previa a la intermediación legislativa, pues procede del art. 14 CE directamente. Además, se recuerdan las claves del canon de constitucionalidad: concurrencia del perjuicio, afectación del factor protegido de un colectivo especialmente vulnerable, equiparación de la protección en situaciones similares y cobertura del daño con independencia de la intencionalidad.

Para finalizar señala que “es verdad que, como dejó escrito la STC 182/2005, de 4 de julio, el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad; pero no es menos verdad que sí excluye, como también recordaba ese pronunciamiento, toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. Las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferencien la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisen, por razón de embarazo, la misma protección, serán, en suma, contrarias al art. 14 CE por imperativo constitucional. Solo así se asegura el contenido esencial del derecho en la máxima irradiación que exige una norma de sistema, como es la interdicción de discriminación, cuyos presupuestos conceptuales se entrelazan de manera inescindible con la noción de igualdad sustancial, al responder a un propósito de reequilibrio y superación en nuestro Estado social de Derecho de ciertos tratamientos peyorativos que sufren grupos o colectivos en razón de un elemento que los caracteriza,

y cuya vulneración atenta contra los valores de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)”.

IV. REFLEXIONES FINALES: LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El concepto de la licencia por maternidad ha evolucionado en tres etapas, fundamentalmente⁵⁷. En la primera etapa que se legisló sobre esta cuestión, se partía de una concepción paternalista que buscaba la protección de la mujer trabajadora consolidando el estereotipo de inferioridad de las mujeres como el sexo débil. Así, se prohibían determinados trabajos a las mujeres y se imponían costes de contratación a los empresarios que contrataban a trabajadoras. Esto acabó produciendo el “efecto boomerang” en el sentido que se convirtió en un obstáculo para la contratación de mujeres.

En segundo lugar, enmarcado en el contexto de la proliferación de movimientos feministas europeos, se abandona el esquema del proteccionismo y se pasa a la concepción de la igualdad individual, lo que implica extender los derechos sin distinción de sexo. Así la maternidad se justifica en cuanto hecho biológico pero es una regulación excepcional, sus normas establecen derechos dispositivos y su interpretación es restrictiva.

Por último, en tercer lugar se ha visto que esa legislación era insuficiente para responder a las necesidades sociales que conllevan las diferencias del sexo. Ahora no se trata de extender los mismos derechos para los hombres y para las mujeres, sino que hay que crear un modelo distinto y único para hombres y para mujeres por igual. De esta manera, el ejercicio de los derechos de maternidad no puede llevar aparejado ningún coste para la madre. Se trata de conseguir un verdadero reparto de las responsabilidades familiares respecto al cuidado del hijo y de la maternidad, es decir, garantizar la libertad de la mujer a ser madre sin sufrir por ello ningún menoscabo profesional a la vez que puede disfrutar ampliamente de su maternidad⁵⁸.

Por lo tanto, es necesario que el análisis jurisprudencial se lleve a cabo desde la perspectiva de género, especialmente en supuestos como los que se han referido. Son varios los motivos que se pueden esgrimir en apoyo a la nulidad del despido en el caso

⁵⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario”, en AA. VV., *Derecho social europeo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 244-246.

⁵⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación con el cuidado de familiares*, op. cit., pp. 53 y ss.

de una trabajadora embarazada ante el desistimiento empresarial durante el período de prueba. Como se ha puesto de manifiesto, en la normativa comunitaria es donde radica el origen de la actual regulación, y no se exige el conocimiento empresarial del embarazo para calificar como nula la extinción. Además, ya se ha destacado que una interpretación literal del art. 55.5 b) ET conlleva la declaración de nulidad de manera automática porque lo que intenta es proporcionar una tutela más enérgica hacia estas trabajadoras, lo que implica que no es necesario aportar indicios y, en particular, el conocimiento empresarial del embarazo. Lo contrario conlleva dificultades probatorias mayores, en comparación con otros casos de discriminación, además de que implica un atentado contra la dignidad de la trabajadora que se vería obligada a informar de su estado al empresario para salvaguardar su puesto de trabajo, requisito que invade directamente su dignidad⁵⁹. No se comprende el pronunciamiento del Tribunal Constitucional ya que una vez establecida dicha solución por vía legal, no hay razón para distinguir entre despido y desistimiento durante el período de prueba, toda vez que la mujer embarazada en ambas situaciones pierde su puesto de trabajo⁶⁰.

La mayoría de la doctrina considera que la finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, sin que sea necesario, por tanto, acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y quedando exenta de acreditar el conocimiento del embarazo por parte del empresario, al considerarse una cuestión que debe permanecer en la esfera íntima del individuo y su libertad. Como ha expuesto el Voto particular disidente, es reiterada la doctrina constitucional que afirma la lesión de derechos fundamentales a través de actuaciones objetivas y no intencionadas. En esta línea, el conocimiento del embarazo no debe variar la tutela de la trabajadora embarazada y, más aún, durante el período de prueba, justamente en un momento de mayor precariedad de la relación laboral. De lo contrario, parece que se minusvalorará la protección del derecho fundamental de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba, permitiendo el desistimiento empresarial sin ninguna consecuencia. Se ha llegado a afirmar que “si bien el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, no es menos cierto que sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias”⁶¹.

Algún autor, aunque crítico, en la línea del voto particular concurrente, ha matizado el pronunciamiento de Tribunal Constitucional en el sentido de que realmente la solución

⁵⁹ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a. L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “*iuris et de iure*” del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, Revista Temas Laborales, nº. 96, año 2008, pp. 237-238.

⁶⁰ CARRASCO DURÁN, M., “La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 875/2013. BIB 2013/2646.

⁶¹ Voto particular formulado por VALDÉS DAL-RE, F., a la STC 10 de octubre de 2013 (BOE de 7 de noviembre de 2013); análisis de esta cuestión, RODRÍGUEZ COPÉ, M^a. L., “Inaplicación de la *nulidad objetiva* en los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? De la jurisprudencia constitucional”, *op. cit.*, pp. 194-196.

más acorde con la interpretación en derecho tendría que haber pasado por valorar la justificación alegada por el empresario para desistir de la contratación de la trabajadora embarazada. Es decir, en cuanto al supuesto de hecho de la sentencia comentada, si desde uno u otro planteamiento podría considerarse suficiente a estos efectos el dato de que la trabajadora “no alcanzó los objetivos de las ventas prefijados en el contrato”⁶².

No obstante, lo más acertado es considerar que la prohibición de la discriminación por embarazo sin necesidad de acreditar el conocimiento empresarial, se incardina naturalmente dentro de la prohibición automática de las trabajadoras embarazadas. De esta forma, se debería de llevar a cabo una reconfiguración del contenido esencial de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, tal y como expone el Voto particular disidente de la Sentencia nº. 173/2013. Así, realmente, se estaría poniendo de manifiesto la fuerza expansiva de la igualdad como aspecto derivado de la dimensión objetiva e institucional inherente a los derechos subjetivos de las personas a la igualdad de sexos.

Se propone, por tanto, que el contenido esencial del art. 14 CE se reconfigure en lo relativo al género, para que la aplicación automática de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas no sea cuestionada en ningún momento de la relación laboral. Lo contrario sería negar el propio contenido esencial del art. 14 CE y además, esta misma interpretación se extrae del art. 4 de la LOI. Incluso debería tenerse en cuenta que la extinción contractual, tanto sea despido o desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, no puede vulnerar derechos fundamentales y debe sostenerse sobre elementos objetivos y causas legítimas⁶³.

En definitiva, ningún análisis justifica interpretar restrictivamente la prohibición por despido de las trabajadoras embarazadas. Además la perspectiva de género ha de estar presente en la interpretación de toda normativa, según expresa la LOI y, especialmente, respecto del género en el art. 14 CE. Por lo tanto, parece que esta doctrina constitucional de la STC nº. 173/2013 no tendrá un recorrido relevante. Sin embargo, mientras no sea modificada, “muchas mujeres y sus familias sufrirán perjuicios, y más aún en la medida en que determinadas nuevas modalidades de contratación laboral introducidas en las últimas reformas admiten periodos de prueba de un año”⁶⁴.

⁶² Voto particular formulado por OLLERO TASSARA, A., a la STC 10 de octubre de 2013 (BOE de 7 de noviembre de 2013); en la misma línea, LASAOSA IRIGOYEN, E., “Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva”, *op. cit.*; y IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales”, *op. cit.*, p. 56.

⁶³ Sobre la necesidad de reconfigurar el art. 14 CE, *vide* LOUSADA AROCHENA, J. F., “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, *op. cit.*, pp. 152-154.

⁶⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, *op. cit.*, p.154.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R., :

-“Medidas de igualdad en el empleo. La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres”, en AA. VV., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Pamplona, 2007.

- “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en AA. VV., *Igualdad de Mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Civitas, Pamplona, 2007.

BALLESTER PASTOR, M.:

- *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- *Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CABEZA PEREIRO, J.:

- “Derechos de conciliación”, en AA. VV., *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Francis Lelefebvre, Madrid, 2007.

- “Maternidad y riesgos laborales”, en AA. VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, CGPJ, 2007.

CARACCIOLO DI TORELLA, E. y MASSELOT A., *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Palgrave- Macmillan, London, 2010.

CARRASCO DURÁN, M., “La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 875/2013. BIB 2013/2646.

CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y proceso de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 38, 1999.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista de Relaciones Laborales*, nº. 8, 2007.

ESPUNY TOMÁS, M., “La Protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *IUSLabor* 2/2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La carga de la prueba y la tutela del trabajador”, *Relaciones Laborales*, nº. 20, 2009.

IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales”, *Revista de Actualidad Laboral*, nº. 1, 2014.

LASAOSA IRIGOYEN, E., “Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 57/2014. BIB 2014/75.

LLANO SÁNCHEZ, M., “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en AA. VV., *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

LÓPEZ LÓPEZ, M^a. T. y VALIÑO CASTRO, A., *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2004.

LOUSADA ARCHENA, J.F.:

- “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, en AA. VV., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTI, 2008.

- *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTI, 2008.

- “Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario”, en AA. VV., *Derecho social europeo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

- “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba”, *Revista de Derecho Social*, nº. 63, 2013.

- *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L., “La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación”. Recepción en la Ley de Igualdad”, en AA. VV., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, 2007.

MIRANDA BOTO, J. M^a., “La Directiva 92/75/CEE: una norma clásica de perenne actualidad”, en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MONTOYA MELGAR, A., “Significado de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AA. VV., *Igualdad de Mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Civitas, Pamplona, 2007.

NIELFA CRISTÓBAL, G., “Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral”, Ejemplar multifotocopiado, http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/lina_galvez/nielfa.pdf.

NORES TORRES, L. E., “Protección de la maternidad” en AA. VV., *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

O.I.T.: *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, Ginebra, 2014.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “El derecho de las mujeres a la igualdad efectiva”, en AA. VV., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Comares, 2008.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 164/2014. Comentario de jurisprudencia. BIB 2014/1074.

RODRÍGUEZ COPÉ, M^a. L.:

- “Inaplicación de la *nulidad objetiva* en los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? De la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Temas Laborales*, nº. 123, año 2014.
- “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “*iuris et de iure*” del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, *Revista Temas Laborales*, nº. 96, año 2008.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.:

- *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº. 3, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, *Revista de Relaciones Laborales*, nº. 8, 2007.

TORTUERO PLAZA, J.L., *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006.

