

### Resumen

Durante el período de prueba del contrato de trabajo, y siempre que este se haya establecido de acuerdo a los requisitos legales y convencionales que lo regulan, la extinción del contrato (desistimiento) puede producirse de manera unilateral por ambos contratantes, sin necesidad de alegación, mucho menos acreditación, de los motivos del cese. Esta inexigencia de causa y la legitimidad presunta que rodea a la decisión no pueden amparar, sin embargo, el ejercicio de una facultad extintiva que lesione derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora. En este trabajo, analizaremos las marcadas diferencias en el ámbito protector de estos derechos fundamentales que derivan de un mero elemento temporal: la superación o no, al acordar el cese, del tiempo establecido como período de prueba, en la medida en que dicho marco protector permanece debilitado mientras no ha finalizado esta fase inicial del contrato.

**Palabras clave:** *Período de prueba. Igualdad y no discriminación. Protección constitucional y legal.*

### Abstract:

During the probationary period of the employment contract, and provided that it has been established according to the legal and conventional requirements regulating it, the termination of the contract (withdrawal) may be produced unilaterally by both contracting parties, without the need for allegations, much less accreditation, of the reasons for the termination. This undemanding cause and the alleged legitimacy surrounding the decision cannot, however, protect the exercise of an extinctive faculty that harms fundamental rights such as equality and non-discrimination of working women. In this work we will analyse the marked differences in the protective scope of these fundamental rights that derive from a mere temporary element: the overcoming or not, in agreeing to the termination, of the time established as a probationary period, to the extent that such protective framework remains “weakened” while the initial phase of the contract has not ended.

**Key Words:** Probationary period and non-discrimination. Constitutional and legal protection.

\* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

Correo electrónico: ferminalgomoya@gmail.com

Recibido: 01 octubre 2018

Aceptado: 06 diciembre 2018

## Sumario

I. Introducción. II. Desistimiento y respeto a los derechos fundamentales. III. Protección del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la mujer embarazada. IV. Protección de los derechos fundamentales: indicios e inversión de la carga de la prueba. V. La nulidad objetiva ex lege en ciertos despidos y el desistimiento. 1. Doctrina judicial. 2. Doctrina del Tribunal Supremo. 3. Doctrina del Tribunal Constitucional. VI. Consideraciones críticas. VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La escueta regulación legal del período de prueba (art. 14 ET<sup>1</sup>) se limita a cimentar la institución sobre los siguientes pilares: a) su carácter facultativo y la exigencia de compromiso expreso para su constitución; b) la formalidad de su establecimiento, por escrito; c) el carácter referencial de unos plazos de duración máxima (que operan solo en defecto de convenio) acomodados al tipo de trabajador (técnicos titulados y resto de trabajadores), tamaño de la empresa (mayor o menor de 25 trabajadores) y duración del contrato (mayor o menor a seis meses); d) la compulsión a los contratantes en cuanto a la realización de las experiencias propias del contrato; e) la prohibición de imponer un período de prueba a quien previamente desempeñó idénticas funciones en la empresa; f) el reconocimiento al trabajador del catálogo íntegro de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo durante la prueba; g) la libertad en la resolución contractual como única excepción a los derechos anteriormente afirmados; h) la adquisición de plenos efectos por el contrato, individualmente el cómputo de la antigüedad como consecuencia aparejada al transcurso de la prueba; i) la no interrupción del período de prueba, salvo pacto expreso, en las situaciones suspensivas del contrato que el precepto define.

Más allá de su concepción como experimento bilateral, la fase de prueba satisface esencialmente el interés del empleador consistente en la rescisión contractual, sin coste alguno, de un vínculo jurídico que no llegará a consolidarse, precisamente, porque al momento de su inicio se incorporó la facultad resolutoria de aquel en caso de mera inconveniencia de este.

Sabemos que, con la suscripción del contrato, las partes se obligan al cumplimiento de las obligaciones recíprocas que, sobre las mismas, vierta la legislación vigente, la normativa paccionada y las propias cláusulas individuales respetuosas con las anteriores y con los principios esenciales del Derecho del trabajo, entre ellos, la estabilidad en el empleo. Este principio parece estar ausente o, al menos, muy matizado durante la vigencia del período de prueba, en la medida en que el desistimiento empresarial en esa fase representa la excepción al sistema de extinción causal implantado en nuestro sistema

---

1 Real Decreto Legislativo 2/2015, del 23 de octubre. RCL 2015\1654.

de relaciones laborales, lo que da entrada, en ocasiones, a decisiones de trasfondo antijurídico indetectable. Como indica Beltrán de Heredia Ruiz (2013, 200), la resolución contractual durante la fase de prueba se convierte en la “fuente de inestabilidad contractual” más común y amenazante.

Desde ese punto de vista, no quedaría afectada la estabilidad en el empleo, desde su concepción individual como derecho al trabajo, si el desistimiento empresarial se desenvuelve en el marco de legalidad que el legislador ha establecido. Es a este, en definitiva, a quien corresponde configurar la causalidad que deba observarse en la extinción contractual; y en materia de prueba, el legislador ha apostado por su inexigencia, por lo que existirá un motivo justo para el desistimiento siempre que este no entrañe fraude, abuso de derecho o violación de derechos fundamentales, de manera que los límites al desistimiento habremos de buscarlos no en la configuración legal de ese derecho al trabajo, sino en el marco constitucional mismo<sup>2</sup>, marco en el que adquiere un especial protagonismo el respeto al derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres y la derivada prohibición de discriminación por razón de sexo.

Ocurre, sin embargo, que paradójicamente el sustento o soporte básico de la institución, representado por la necesaria experimentación, por los contratantes, de la relación de trabajo sobre la que decidir el mantenimiento o no del vínculo contractual, no se acompaña de medidas legislativas que lo hagan operativo. En efecto, no se encuentra tal experimentación durante la prueba en el capítulo de derechos y obligaciones que, con carácter general, reconoce el Estatuto de los Trabajadores. Y además, el reconocimiento, inmediatamente después de la necesidad experimental, de la facultad de desistimiento libre (e informal) viene a desvirtuar la obligación anteriormente introducida aún en sus inespecíficos términos, pues se faculta a las partes a desvincularse del contrato suscrito sin necesidad de alegar la causa y mucho menos acreditar el resultado del experimento al que fueron compelidas, extremo este que, sin embargo, ha sido asumido sin fisuras por nuestros Tribunales.

## II. DESISTIMIENTO Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro del marco temporal establecido en el contrato de trabajo como período de prueba, el empresario puede acordar su extinción mediante el mero desistimiento del mismo, decisión a la que, si bien nunca le faltará una causa (vendrá forzosamente determinada por un motivo, más o menos acertado, incluso una sensación) no precisa, en la regulación legal actual, de exteriorización de aquella ni de formalidad alguna (a salvo de lo que, en su caso, pueda disponer la autonomía colectiva). Basta, pues, para la resolución

---

2 Como recuerda Peco Alcázar (2016), contra las conductas de discriminación por sexo en el trabajo no solo encontramos nuestra Constitución, sino que se amplía la protección a través de los Convenios de la OIT (Convenio OIT núm. 103 sobre la protección de la maternidad; Convenio OIT núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; Convenio OIT núm. 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras) y otros instrumentos como la Convención de Nueva York del 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o la Directiva 2002/73/CEE 23 de setiembre sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

contractual válida, la mera manifestación de voluntad, informal, sin expresión (ni mucho menos prueba) del hecho o motivo del desistimiento; operando, durante esta fase inicial del contrato, una presunción de legitimidad de los motivos del cese<sup>3</sup>, enemiga declarada del derecho a la estabilidad en el empleo, manteniéndose, durante la pervivencia del período de prueba, una “relación primariamente antagónica”<sup>4</sup> entre ambos.

No obstante, aunque el mecanismo extintivo durante la prueba no participa de los requisitos de motivación propios de la resolución causal (por lo que en principio no es controlable judicialmente su motivación), es lugar común en la Doctrina y Jurisprudencia indicar que la libertad de desistimiento contemplada en el art. 14.2 ET ni es absoluta ni da amparo a motivaciones fraudulentas o con causa torpe, de modo que, por la vía procedimental del despido (art. 103 LRJS<sup>5</sup>) podrán ser anuladas aquellas decisiones discriminatorias o que impliquen una vulneración de derechos fundamentales.

Como señala De Val Tena (1998, 170), “en principio, el motivo del desistimiento empresarial no puede ser sometido a control judicial, por constituir una libre potestad que no precisa justificación; sin embargo, de esta regla general se exceptúa el desistimiento formal que esconda una razón discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales del trabajador”.

En este esquema, la protección específica contra el despido no surge sino hasta que se supera el citado período de prueba, encontrándonos, durante el inicio de la relación laboral, ante una suerte de “despido libre” (Romerál Hernández, 2009, 32), al no exigir la norma estatutaria (art. 14.2 ET) que concurra una causa concreta para desistir.

No obstante, la afirmada intrascendencia en su motivación, no excluye el eventual carácter ilícito de la decisión extintiva cuando, aún en este ámbito de cualificada libertad, viene a dar cobijo a una decisión discriminatoria. Como indica, desde antiguo, el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, “que dicha decisión no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria”,

---

3 El Tribunal Supremo en su sentencia del 6 febrero de 2009 (RJ 2009/621) establece que “el periodo de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnerare cualquier otro derecho fundamental”.

4 Piqueras Piqueras (1995, 10) sostiene que la atenuación de las normas limitativas de la libre extinción de la relación laboral constituye el rasgo más relevante del período de prueba; por el contrario, el principio de estabilidad en el empleo se manifiesta en la protección de la permanencia del trabajador en la empresa. Luego, bien puede afirmarse que entre este principio y aquella figura se establece una relación primariamente antagónica.

5 Ley 36/2011 de 10 de octubre. RCL 2011\1845.

6 STC 16 de octubre de 1984 (RTC 1984/94).

de manera que “la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 ET (...) está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental”.

En expresión de nuestros Tribunales Ordinarios<sup>7</sup>, la libertad resolutoria propia del periodo de prueba cede en aquellos casos en los que no se actúe con absoluto acatamiento al principio de no discriminación a que hacen referencia los artículos 4-2 c) y 17 ET, o en los que se incurra en abuso de derecho o en fraude de Ley, de manera que la libertad resolutoria de las partes cede y sufre una rígida excepción cuando la teórica resolución «ad nutum» encubre una decisión discriminatoria al enfrentarse con el mandato prohibitivo de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social del artículo 14 de la Constitución<sup>8</sup> porque, en definitiva, la libertad de desistimiento consagrada por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no ha de entenderse en términos absolutos (...)<sup>9</sup>.

Por ello, las causas de extinción del contrato de trabajo durante y con ocasión del periodo de prueba por voluntad unilateral del empresario deben analizarse a la luz de la interpretación del TC, los Convenios OIT y las directivas comunitarias sobre no discriminación en el acceso al empleo, atendiendo, asimismo, al fundamento y finalidad del mismo en relación con el deber de experimento impuesto a ambas partes por el art. 14 ET, de manera que las fronteras del acto extintivo se encuentran, por una parte, en los límites que impone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y, por otra, en las exigencias derivadas de la legalidad ordinaria.

En este contexto, la LOI<sup>10</sup> no contiene referencias explícitas al periodo de prueba, pero deben considerarse aplicables durante el mismo todas las referencias que afectan al contrato de trabajo, al no ser aquella una fase o estadio previo de este. Y así, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo durante el intervalo temporal acotado por la prueba se encontraría, entre otros:

a) En el artículo 3, que proclama el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

b) En el artículo 5, relativo al principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo (público, privado e incluso el trabajo por cuenta propia) y en las condiciones de trabajo, si bien dentro de estas la protección frente a decisiones extintivas se ciñe al despido, sin referencia, por tanto, al desistimiento, como mecanismo extintivo propio durante la fase probatoria.

---

7 STSJ Castilla León/Burgos 30 de mayo de 2012 (AS 2012/1858).

8 STS 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3992).

9 STS 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9090).

10 Ley Orgánica 3/2007 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (RCL 2007\586).

c) El artículo 6, que proscribe cualquier tipo de discriminación de las personas (más allá de su condición de trabajadoras), directa e indirecta, por razón de sexo.

d) El artículo 8, que reconoce como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, incluido, por tanto, el que se dé en el ámbito laboral, incluida la fase de prueba.

Bajo este marco legal, ninguna extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba deberá tener por causa o motivo una circunstancia discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental, pudiendo reclamarse en este caso la tutela judicial encaminada a “desenmascarar”<sup>11</sup> la razón última del cese, con reposición íntegra de los derechos fundamentales conculcados.

En este sentido, no concibiéndose la relación laboral durante la vigencia del período de prueba como algo distinto al propio contrato, sino tan solo como una fase inicial (si se quiere más débil, o en consolidación), es obvio que cualquier decisión de ponerle fin ha de superar el juicio de constitucionalidad que pueda plantear el trabajador cesado<sup>12</sup>.

Cuando el móvil discriminatorio es el que determina la decisión extintiva, o la íntegra, incluso sin concurso de voluntad consciente en el autor, el ordenamiento jurídico despliega sus efectos de mayor rango para conseguir la anulación de tales medidas, siendo en este punto conocida la doctrina jurisprudencial sobre distribución de la carga de la prueba<sup>13</sup> según la cual, cuando ante una decisión empresarial se invoque por el

---

11 Para STSJ Cataluña 13 de julio de 2011 (AS 2011/2456), en relación con la extinción del contrato durante el período de prueba, es cierto que el principio de libre resolución de los contratos durante el período de prueba supone que existe libertad de desistimiento durante la misma, y que es irrelevante el motivo alegado para resolverlo sin que se requiera ningún medio formalista. Ahora bien, a pesar de que el empresario puede rescindir la relación laboral de un trabajador en período de prueba sin fundarla en motivos tasados, el uso de la facultad rescisoria no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental.

12 El Tribunal Constitucional, a partir de sus sentencias del 16 de octubre de 1984 (STC 94/84) y 26 de setiembre de 1988 (STC 166/88), reforzó la tesis de la causalidad del desistimiento durante el período de prueba, al mantener que “la motivación de la resolución del contrato durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”, y aplicar, respecto del onus probandi, el criterio de que “asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquella, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional”.

13 La STSJ Madrid 22 de noviembre de 2014 (AS 2014/981) ha señalado, con relación a la tutela frente a actos de discriminación, cómo el Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario, bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

trabajador su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio<sup>14</sup>, y haciendo desaparecer, con ello, la “verdad interina” creada por el trabajador<sup>15</sup>.

La LOI en este punto establece, en su artículo 13, que “de acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

Para ello, si el trabajador cesado es capaz de aportar indicios suficientes del móvil discriminatorio, pesará sobre el empresario la tarea de articular una explicación razonable del desistimiento ajena a aquel móvil, viéndose obligado a “descubrir” la razón de la resolución contractual, manifestación que, hasta ese momento, no le era, en absoluto, exigible. En efecto, hasta la acreditación del citado panorama indiciario, era intranscendente jurídicamente tanto la indeterminación de los motivos del desistimiento como los argumentos de probidad del trabajador, situación que cambia, una vez inmersos en el ámbito constitucional, al exigirse al empresario una explicación razonable del cese, que habrá que confrontar con los argumentos de superación “objetiva” de la prueba esgrimidos por el trabajador.

De no superar el juicio de constitucionalidad, la consecuencia, ex art. 113 LRJS, es la readmisión del empleado, con abono de los salarios de tramitación, con posibilidad, asimismo, de reparación de los perjuicios causados por la vulneración contraria a la CE, mediante el abono de la indemnización correspondiente (art. 183 LRJS), concreción procesal de lo dispuesto en el artículo 10 LOI, que establece que “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido; así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

---

14 STSJ Cataluña 13 de julio de 2011, AS 2011/2456. En el mismo sentido, STSJ Galicia 28 de noviembre de 2017, JUR. 2018/14428.

15 Como indica Piqueras Piqueras (1995, 76 y 81), “(...) para determinar quién deba soportar la carga de la prueba en caso de extinción del contrato de trabajo por la actuación probatoria del demandado consistirá en hacer desaparecer la ‘verdad interina’ creada por el demandante, mediante la presunción estimada por el Juzgador a través del indicio de discriminación, lo que exigirá unas veces la probanza de circunstancias de hecho que justifiquen su conducta, otras que la extinción se hubiera producido igualmente con independencia del ‘dato diferencial prohibido’”.

### III. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE LA MUJER TRABAJADORA

En el marco del período de prueba, las lesiones constitucionales se concretan, en un altísimo porcentaje, en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo<sup>16</sup>, y muy especialmente<sup>17</sup>, con motivo del embarazo de la mujer trabajadora, aspecto al que dedicamos la parte central de este estudio<sup>18</sup>.

Las causas son evidentes, y la Doctrina las ha expuesto sin tapujos: la mujer que decide ser madre no se encuentra para el empresario en las mismas condiciones de disponibilidad que el trabajador varón, y esos inconvenientes son los que le conducen a deshacerse de ella, antes de intentar acometer soluciones organizativas para hacer compatible la vida laboral y familiar (Aramendi Sánchez, 2016). Y es que, pese al avance de la sociedad en la búsqueda de la igualdad efectiva, las mujeres tienen serias dificultades para conseguirla en el trabajo, pues para muchos empresarios, especialmente en el sector privado, trabajo y maternidad resultan incompatibles, lo que les mueve a desprenderse de la trabajadora cuando saben o sospechan de su estado de gravidez, ya que ello les puede conllevar a bajas por maternidad, solicitudes de reducción de jornada, ausencias al trabajo por cuidado de hijos, etc. (Poquet Catalá, 2014, 23-49), circunstancias que incrementan el riesgo cierto<sup>19</sup> de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad.

---

16 Para Sáez Lara (1994, 56) la discriminación directa por razón de sexo aparece cuando existe un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo.

17 Como indica la STSJ País Vasco 1 de octubre de 2003 (AS 2003/272), “la distinción entre actuación empresarial contraria a la protección de la mujer por razón de embarazo y contraria a la discriminación por razón de sexo, (...) resulta artificial, pues una y otra no pertenecen a diversas categorías de conductas vulneradoras de un derecho fundamental, sino que guardan entre sí una relación de género y especie, donde el género consiste en la prohibición de actos perjudiciales para la trabajadora que toman como eje de su adopción precisamente su condición de mujer, mientras la especie supone la prohibición de la conducta empresarial desfavorable para la mujer trabajadora basada únicamente en el embarazo. Cualquier conducta contraria al derecho a la protección por embarazo es reconducible, en última instancia, a la vulneración del derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo, ya que precisamente el peor trato laboral que recibe la trabajadora a consecuencia de un proceso de gestación supone un daño del que solo puede ser sujeto pasivo la mujer”. Añadiendo que la infracción constitucional “se puede producir no solo por conductas que encierran tal componente subjetivo, sino también a través de actuaciones que por sus resultados últimos y, al margen de la intención de su autor, perjudican a las mujeres trabajadoras”.

En el mismo sentido, la STSJ Madrid 3 de mayo de 2016 (AS 2016/1119) sobre la innecesaria concurrencia de voluntad de perjudicar en caso de lesión de derechos fundamentales.

18 El motivo de que no sean muy comunes los procesos judiciales de tutela en los que aparezcan comprometidos otros derechos fundamentales (piénsese en la garantía de indemnidad, desplegada a raíz de un cese a consecuencia de una reclamación salarial, una sanción o denuncia previas, o la libertad sindical por el ejercicio de labores representativas; o la libertad de expresión, por censura de los métodos de trabajo en la empresa), puede ser, por una parte, el hecho de que el escaso tiempo transcurrido normalmente desde el inicio de la contratación impedirá que se verifiquen tales conflictos; por otra, y quizás con mayor sentido, que el trabajador espere a que transcurra el tiempo previsto para el período de prueba antes de comprometer su trabajo mediante una actuación que, pese a su legalidad, pueda acarrear una respuesta discriminatoria por parte del empresario.

19 La STSJ Extremadura 31 de mayo de 2012 (AS 2012/1764) da cuenta de “una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que

En el ámbito europeo, el TJUE ha venido desarrollando, desde los inicios del proyecto común, una labor de protección del embarazo y la maternidad, mediante una interpretación expansiva de la tutela protectora del Derecho comunitario<sup>20</sup>, labor que ha simultaneado con la censura de toda normativa excesivamente protectora de la condición femenina que conlleve desigualdades de trato entre los sexos no fundadas estrictamente en la protección de la maternidad, sino en condiciones obsoletas basadas en la mayor debilidad del sexo femenino o tendentes a evitar su sobreexplotación laboral como sujetos potencialmente vulnerables.

Esta tendencia la ha mantenido nuestro TC al señalar que el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE exige eliminar aquellas normas jurídicas que “con la salvedad del embarazo y la maternidad, aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo”. De modo que las normas protectoras que establecen un trato diferenciado de la mujer en lo que se refiere al embarazo y la maternidad<sup>21</sup> se conciben, desde esta perspectiva, como una excepción a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo (Ramos Martín, 2002).

Pues bien, desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo, la extinción del contrato de trabajo de una mujer embarazada<sup>22</sup> puede merecer la calificación de nulidad por dos motivos: a) bien porque el cese responda a un móvil discriminatorio o atentatorio a algún derecho fundamental; b) bien porque el cese se haya producido encontrándose la trabajadora encinta, con independencia de que la intencionalidad subyacente a la decisión guarde relación alguna con su embarazo.

---

constituye probablemente el problema más acuciante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina –44,5%– en comparación con la tasa masculina –67,6%–, encontrándose aún muy lejos de los objetivos marcados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010. El índice de paro femenino sigue doblando al masculino, la temporalidad es de más de cinco puntos porcentuales respecto a los hombres, y el salario medio mensual de las féminas sigue cifrado en un 24% por debajo en las mujeres. Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que este incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad”.

20 Dos de las Sentencias más paradigmáticas y que han sido objeto de numerosos comentarios, son las SSTJCE 4 de octubre de 2001 (*Tele Danmark* y Jiménez Melgar), en las que se puso de manifiesto que en la calificación como discriminatorio de un despido basado en la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo por encontrarse embarazada, no tenía incidencia el hecho de que el contrato celebrado fuera de duración determinada o por tiempo indefinido (aplicación de la Directiva 92/85, art. 10), ni siquiera que se tratase de una renovación de un contrato temporal (aplicación de la Directiva 76/207, art. 2.1.), ni el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, reiterando, en este último extremo, lo dicho previamente por la STJCE 8 de noviembre de 1990 (*Dekker*).

21 Según Gorelli Fernández (1997, 366), estaríamos en estos casos ante normas que no tienen ese carácter discriminatorio, pues no se basan en la inferioridad de la mujer, sino en la importante función social de la maternidad y de la procreación; son normas que diferencian entre el hombre y la mujer, pero por motivos fisiológicos y no sexistas.

22 El despido de la trabajadora embarazada será, por supuesto, ajustado a Derecho cuando se acredite bien un incumplimiento disciplinario grave y culpable, merecedor de la máxima sanción, bien un contexto “objetivo” que legitime la decisión de cese. En este último sentido, los Tribunales vienen validando todas aquellas decisiones

El primero de los supuestos, doctrinalmente conocido como nulidad “causal”, es el que protege a la trabajadora en el ámbito de sus derechos fundamentales, de manera que, aportados por aquella indicios razonables de vulneración (el denominado panorama indiciario suficiente<sup>22</sup>), las reglas procesales de prueba se flexibilizan hasta el punto de gravar al empresario con la carga de acreditar motivos ajenos al móvil discriminatorio apuntado, requiriéndose no una mera alegación de estos, sino un auténtico esfuerzo probatorio<sup>23</sup>.

Ahora bien, el mero conocimiento empresarial del estado de embarazo puede no ser suficiente, desde el punto de vista de esta nulidad “culpable”, para desplegar las reglas procesales de inversión probatoria. En efecto, desde un punto de vista procesal, el conocimiento del estado de embarazo por el empresario puede no ser suficiente para que se produzca la inversión de la carga probatoria, y ello porque para entender concurrente el indicio de discriminación, resultan precisos tres requisitos básicos: 1) que la trabajadora se encuentre embarazada; 2) que se produzca un acto extintivo coetáneo; y 3) que exista una conexión entre ambos, exigiéndose un conocimiento, directo o indirecto, por parte del empresario, sin que el mero dato de conocimiento del embarazo y posterior despido constituya indicio de discriminación por razón de sexo (STC 342/2006 11 de febrero de 2006 y STC 92/2008 20 de julio de 2008)<sup>25</sup>.

Una vez establecida la realidad de un panorama indiciario “suficiente”, el empresario intentará neutralizarlo de manera que, si no lo consigue, el despido se considerará nulo<sup>26</sup>; será improcedente si, consiguiendo neutralizar los indicios de discriminación, no logra, sin embargo, acreditar la existencia de hechos con relevancia suficiente para justificar la adecuación a Derecho de la medida adoptada; y procedente, en fin, si se acreditan los motivos del cese y estos, además de encajar legalmente en motivo de extinción, no van acompañados de panorama discriminatorio alguno.

---

de despido, objetivo o colectivo, en las que se acreditan las causas económicas, organizativas o de producción alegadas, sin que el embarazo (también baja maternal, lactancia o reducción de jornada) de la trabajadora despedida sea obstáculo. Véase STSJ Cataluña 24 de abril de 2013 (AS 2013/1598) y 7 de noviembre de 2014 (JUR 2015/17651), STSJ Madrid 8 de mayo de 2013 (AS 2013/2821) y 31 de enero de 2014 (AS 2014/1589), o STSJ Galicia 28 de septiembre de 2012 (JUR 2012/365307).

23 El art. 96 LRJS señala: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

24 STS 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 5541) y STSJ Madrid 23 de octubre de 2013 (JUR 2013\367486).

25 RTC 2006/342 y RTC 2008/92.

26 La tensión entre los elementos que se configuran como indicios de discriminación, por una parte, y la resistencia empresarial, que se articula mediante la justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva, alejada de aquel propósito, es la que resuelven nuestros Tribunales, ajustándose a las circunstancias del caso concreto. A modo de ejemplo, en STSJ Madrid 22 de noviembre de 2013 (AS 2014/981) el hecho de que la actora estaba embarazada, “es un primer indicio serio y consistente de discriminación”; el segundo indicio o sospecha de discriminación lo tenemos en el hecho de que la empresa tenía formada una favorable opinión acerca de cómo se

El segundo supuesto, denominado comúnmente “nulidad objetiva” (también “automática” o “reforzada”) es el que, sin necesidad de concurrencia de un móvil vulnerador de derechos fundamentales, determina la nulidad de aquella extinción contractual no procedente producida durante aquellos periodos “blindados” por los apartados a, b y c del párrafo 2º del artículo 55.5 ET<sup>27</sup>, en supuestos de despido disciplinario, reproducidos, en el artículo 53.4 ET, también para los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas<sup>28</sup>.

Como es sabido, la Ley 39/1999 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras<sup>29</sup>, vino a dar nueva redacción a los citados preceptos estatutarios<sup>30</sup>, añadiendo a los tradicionales supuestos de nulidad causal aquellos otros en los que meramente se constata que el cese laboral se ha producido durante la situación de embarazo, ampliándose luego por la LOI al resto de situaciones allí indicadas<sup>31</sup>.

---

había desenvuelto la actora en el primer contrato eventual suscrito, (...) tan es así que tan solo dos meses después de su expiración suscribe un nuevo contrato con la recurrente, esta vez como auxiliar administrativo, categoría profesional de auxiliar. Ninguna empresa contrata de nuevo a la misma persona en un mismo centro si no tiene la seguridad de que se desenvuelve correctamente desde un punto de vista profesional; el tercer indicio viene representado por el hecho de que tres de las imputaciones que justificarían su cese no encajan en las funciones encomendadas a su categoría. Frente a tales indicios, el hecho de que la empresa acredite tener en su plantilla a trabajadoras embarazadas, o el testimonio de la subdirectora del centro, indicando estar descontenta con su labor, no son, desde luego, suficientes para “volcar” el citado panorama indiciario.

27 De periodos “blindados” hablaba ya en el 2005 Alarcón Castellanos (2005, 2), quien además destaca cómo “en este último caso, la protección del trabajador es mucho mayor porque no necesita aportar indicios de discriminación para conseguir la declaración de nulidad del despido, simplemente debe demostrar que se encuentra en alguno de los periodos recogidos en el citado artículo 55.5 ET”.

28 No se modificó, sin embargo, el art. 51 ET, lo que para Díaz Mora (2003, 8) equivale a la no extensión de la nulidad a este tipo de ceses colectivos, habiendo primado el legislador en mayor grado los intereses empresariales que la estabilidad en el empleo de las trabajadoras embarazadas afectadas por la regulación de plantilla.

29 (RCL 1999\2800). De esta ley se ha dicho que asume las tres funciones de toda norma antidiscriminatoria; esto es, una función preventiva mediante la definición normativa adecuada, clara y comprensible de las conductas prohibidas; una función tutelar, mediante el reforzamiento de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y del sistema sancionador; y una función promocional, de fomento a la paridad y remoción de los obstáculos (en ese sentido, Poquet Catalá, 2014, 4).

30 La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 precisa que el fundamento de sus previsiones descansa en el artículo 14 CE y en las Directivas 92/1985/CEE, de 29 de junio (relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia) y 96/34/CE, de 3 de junio (relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental).

31 El art. 55 ET (Forma y efectos del despido disciplinario) establece, en su número 5, lo siguiente: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Añadiendo, en su segundo párrafo: “Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) el de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo; b) el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del

La modificación legal operada<sup>32</sup> provocó, inmediatamente, una duda jurídica de gran trascendencia: si pese al carácter “objetivo” de la regla que define como nulo el despido de una trabajadora que se encuentra embarazada, ¿es además preciso que el empresario que adopta la decisión de cese conozca efectivamente (no importa ahora a través de qué medio) la situación de embarazo de la mujer? O lo que es lo mismo, si la nulidad objetiva puede actuar, “emancipada”, con absoluta independencia del panorama vulnerador de derechos fundamentales, que es lo que, tradicionalmente, conlleva la declaración de nulidad de la medida empresarial<sup>33</sup>.

Si obtenemos una respuesta afirmativa, inmediatamente surgirá otra cuestión, no menos importante: ¿el régimen de nulidad “objetiva” previsto para el despido (dada su inclusión en los dos preceptos estatutarios referenciados) es aplicable a cualquier decisión de cese o extinción del contrato de trabajo, como puede ser la de desistir del contrato por no superación del período de prueba? Dicho de otro modo: ¿puede restringirse por esta vía la facultad empresarial de rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba?

Vamos a intentar aclarar, en los siguientes apartados, cuál ha sido la contes-tación que, cronológicamente, han venido dando los Tribunales a estas cuestiones (adelantamos ya que las respuestas han sido vacilantes) y cuál es la situación actual que no parece estar absolutamente cerrada.

#### IV. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: INDICIOS E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No parece que genere conflicto alguno afirmar que, con anterioridad a la reforma de los artículos 53.4 y 55.5 ET, operada por la Ley 39/1999, una pretensión de nulidad en el cese de una trabajadora embarazada requería, con carácter incuestionable, el conocimiento de la situación de embarazo por parte del empresario, al no poder concebirse un despido discriminatorio, por ese motivo, sin su previo conocimiento.

Dicha solución era además acorde con lo dispuesto, en el ámbito comunitario, por la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, 19 de octubre de 1992<sup>34</sup>, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada<sup>35</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional había equiparado,

---

artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley; y c) el de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”. Nulidad, claro está, que se producirá “salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

32 Con su correlativo reflejo en la legislación procesal: arts. 108.2. b y 122.2.b LRJS.

33 Para Díaz Mora (2003, 1), el entronque de la modificación introducida en el artículo 55.5 ET por la Ley 39/1999 con la prohibición de discriminación por sexo es patente.

34 LCEur 1992, 3598.

35 Cuyo artículo 2 considera “mujer embarazada” a la que haya comunicado su embarazo al empresario, siendo, pues, el conocimiento empresarial de dicho embarazo requisito necesario para la calificación de nulidad.

a efectos de tutela antidiscriminatoria, el despido causal con la resolución del contrato durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, afirmando que aunque esta última decisión no consiste en un despido causal fundado en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, es igualmente ilícita una resolución discriminatoria<sup>36</sup>, debiendo aplicarse a esta los principios básicos de la extinción por despido.

Las dudas surgen, no obstante, cuando en la transposición de dicha Directiva Comunitaria llevada a cabo precisamente por la Ley 39/1999<sup>37</sup>, se decide ampliar, de manera clara<sup>38</sup>, el ámbito protector de aquella, al incluir los supuestos indicados de nulidad “objetiva”<sup>39</sup>, ampliación que la Doctrina interpretó mayoritariamente no como una modulación de la regla general de no discriminación sino como una fórmula de distinta naturaleza cuyo objetivo es acabar con una realidad social: la expulsión de la trabajadora embarazada del mercado laboral, lo que solo se puede conseguir con medidas de acción positiva que garanticen su permanencia en el empleo por razón de su estado, fuera este conocido o no por el empresario (Poquet Catalá, 2014, 21).

A partir de este momento, algunas sentencias de suplicación acogieron la teoría de “nulidad objetiva”, aplicando automáticamente la calificación de nulidad al despido no procedente de las trabajadoras embarazadas<sup>40</sup>, en virtud de la novedosa protección ajena a cualquier móvil discriminatorio, conclusión compartida por muchos autores<sup>41</sup>. Otras sentencias de suplicación, sin embargo, lo hicieron en sentido contrario<sup>42</sup>.

---

36 En la STC 94/1984 (comentada por Alonso Olea, 1984) se afirma que la facultad de resolución contractual durante el período de prueba “está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad”. A partir de ahí se inicia la línea doctrinal (véase STC 166/1988) que configura a los derechos fundamentales como límite a la libertad de desistimiento empresarial en el período de prueba. En la STC 173/1994 se establece que el embarazo es factor de “discriminación directa por razón de sexo por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a la mujer”, de manera que a los tratamientos desfavorables basados en el embarazo se aplica la técnica de la prueba indiciaria (comentada por Montoya Melgar, 1994).

37 La norma transpuesta en el art. 55.5.b es el art. 10 de la Directiva 92/85, que establece “como garantía para las trabajadoras” la “prohibición” del despido “durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”.

38 Cf. Quintanilla Navarro (2014, 337), que dice: “El legislador español (...) ha optado por establecer una tutela objetiva de efecto automático, superior a la prevista en la Directiva comunitaria, que hace superflua toda constatación de la existencia de una subjetiva discriminación de la trabajadora afectada”.

39 Valga de ejemplo la STSJ Extremadura 17 de enero de 2005 (PROV 2005, 37920), que condiciona la protección dispensada por el art. 55.5. a la previa comunicación del estado de gestación.

40 Entre otras, las SSTSJ Cataluña 4 de octubre de 2000, 18 de junio de 2001, 21 de julio de 2001, 18 de enero de 2005, 22 de marzo de 2005 y 18 de mayo de 2006; STSJ Navarra 20 de enero de 2006; SSTSJ País Vasco 1 de octubre de 2002 y 21 de junio de 2005; STSJ Asturias 10 de junio de 2005; STSJ Madrid 4 de mayo de 2004; STSJ Cantabria 29 de diciembre de 2001.

41 Y es que “si este primer apartado del artículo 55.5. ET ya califica como nulo cualquier despido en el que el empresario haya actuado por móvil discriminatorio, no tendría sentido alguno exigir también la concurrencia de intencionalidad discriminatoria en los supuestos introducidos en este precepto legal bajo las letras a) y b) por la Ley 39/1999, que de esta forma quedarían subsumidos en el caso anterior tal y como se aplicaba con anterioridad a la reforma (Díaz Mora 2003, 5).

42 Entre otras, STSJ Madrid 18 de junio de 2006 (AS 2006/3409).

Sin embargo, esa no fue la interpretación, al menos inicialmente, del Tribunal Supremo, que comenzó a aproximarse al nuevo texto legal exigiendo el conocimiento empresarial del embarazo (“hecho indicio”) para apreciar, *iuris et de iure*, la existencia de móvil discriminatorio y, con él, la nulidad del despido (con la excepción de procedencia por motivos justificados). Esta postura inicial, en la que el conocimiento empresarial del estado de gestación es constitutivo del despido nulo, encajaba, de alguna forma, en el marco de la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que expresamente exigía para que la decisión extintiva fuera nula, que el despido fuese motivado, entre otros, por el embarazo, aludiendo el término “motivado” sin duda al móvil discriminatorio<sup>43</sup>. En definitiva, la presunción del art. 55.5.b ET había de apoyarse, como tal presunción, en un hecho indicio, y este no podía ser otro que el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo.

En esta línea interpretativa inicial, la “polémica” (Lousada Arochena, 2013, 145) STS 19 de julio de 2006<sup>44</sup> dictada en Pleno (y las posteriores SSTS 24 julio 2007, 29 febrero 2008 y 12 marzo 2008) que reconocía la complejidad del asunto a resolver y destacaba la ausencia, en aquel momento, de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esa específica cuestión, decidió mantener la exigencia del necesario conocimiento empresarial del embarazo, encargándose, no obstante, de destacar las importantes ventajas incorporadas por la nueva redacción del texto legal analizado. El núcleo argumental de la sentencia<sup>45</sup> puede sintetizarse en las siguientes ideas:

1. La Ley 39/1999 concibe el despido nulo como un supuesto particular de despido discriminatorio, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o de cargas familiares.

2. El presupuesto, exigido por la Exposición de Motivos, de que el despido sea “motivado” por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación, de manera que la tesis de la “nulidad objetiva”, al prescindir del móvil de la decisión extintiva, no se ajustaría a la finalidad de la norma.

3. La configuración del despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto especial de “despido discriminatorio” conduce a una construcción sistemática del art.

---

43 Si bien es la propia Exposición de Motivos la que dice mejorar la protección comunitaria, superando los niveles de protección previstos en las mismas.

44 RJ 2006, 8040.

45 La decisión se adoptó por mayoría de 8 a 7, desmarcándose de la doctrina mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia, favorable a la aplicación automática, y de la doctrina académica, decantada mayoritariamente en idéntico sentido desde los primeros comentaristas. La sentencia cuenta, no obstante, con un potente Voto Particular (que formulan los Magistrados Moliner Tamborero y Fuentes López, al que se adhieren Desdentado Bonete, Gullón Rodríguez, de Castro Fernández, Agustí Juliá y Gilolmo López), en cuyo apartado segundo se indica que “una interpretación literal del artículo 55-5 b) del ET lleva a la conclusión, de acuerdo con la letra del precepto, de que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación, pues los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos, en el segundo”.

55.5. ET como norma dedicada en su integridad al despido nulo por lesión de derechos fundamentales, de manera que el párrafo inicial contiene la regla general, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican la regla general a través de un régimen de prueba favorable a la trabajadora.

4. La exigencia del conocimiento, por parte del empresario, del estado de gestación de la trabajadora, se ajusta plenamente al principio de “seguridad jurídica” (art. 9.3.CE), no pareciendo razonable sacrificar la certeza del derecho haciéndola depender del dato “totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada”.

5. La jurisprudencia constitucional previa a la modificación del art. 55.5 ET ha venido entendiendo que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria.

6. La jurisprudencia comunitaria no ha declarado inexigible el requisito en cuestión, sino que, muy al contrario, la Directiva 92/85 que inspira la Ley 39/1999 integra el móvil discriminatorio, “exigiendo por la vía indirecta de una definición ad hoc (en referencia al artículo 2.a.) una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario, que es el deber de comunicación de la propia trabajadora embarazada”.

7. La exigencia del conocimiento empresarial del embarazo (que no de “comunicación” del mismo por la trabajadora) no desvirtúa la eficacia protectora del artículo 55.5.b ET, dado que el precepto proporciona a la gestante una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal *iuris et de iure* (art. 385.3 LECiv) del móvil discriminatorio, de manera que, “a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora solo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el art. 55.5.b ET ha de apoyarse en un “hecho indicio”, puesto que si no hay “hecho indicio” no puede haber presunción (art. 385.1 LECiv). En el caso del art. 55.5.b ET el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrefutable porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio”.

## V. LA NULIDAD OBJETIVA EX LEGE EN CIERTOS DESPIDOS Y EL DESISTIMIENTO

La anterior Sentencia del Tribunal Supremo fue casada y anulada por la STC 124/2009 18 de mayo de 2009<sup>46</sup>, razonando el máximo intérprete constitucional que, si bien es cierto que “la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999 (y que) serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal, sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE,

---

<sup>46</sup> RTC 2009/124.

que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor (en relación a la exigencia de previo conocimiento empresarial del embarazo para aplicar la regla de nulidad del art. 55.5.b ET) que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (...)."

No obstante la importancia indudable de esta sentencia<sup>47</sup>, su contenido ya había sido anticipado al resolverse un litigio anterior. En concreto, la STC 92/2008 21 de julio<sup>48</sup>, ya había llegado a la conclusión de que la única interpretación posible del art. 55.5.b ET era aquella que permitiera aislar la declaración de nulidad de la necesidad de un contexto discriminatorio concurrente. Esta sentencia desmarcaba parcialmente al art. 55.5.b ET de la Directiva 92/85 que transponía, en el sentido de que aquel no venía condicionado por el requisito de la comunicación del embarazo, al ser la comunitaria una norma de mínimos<sup>49</sup>, alegando la coherencia de esta protección reforzada con los derechos a la intimidad personal y familiar.

Como ha señalado la Doctrina (Pérez del Prado, 2014, 1) hasta la aparición de esta sentencia, la tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas era homogénea, siguiendo el esquema clásico de este tipo de situaciones en las que está en juego la garantía del art. 14 ET, panorama que cambia radicalmente. Lo que late en este cambio de postura propiciado por la STC 92/2008, según ha tenido ocasión de explicar la Jurisprudencia, a posteriori<sup>50</sup>, es la necesidad de modificar una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante — junto a la desigualdad retributiva— con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (re-

---

47 Con la introducción, por la Ley 39/1999, de una regla de nulidad que, en la práctica, prohíbe los despidos objetivos y disciplinarios (no procedentes) durante el embarazo y el disfrute de los derechos de maternidad y conciliación —artículos 53.4 y 55.5 ET—, el protagonismo de la tutela antidiscriminatoria ha disminuido, pues su aplicación exige acreditar un principio de prueba de discriminación a través del conocimiento empresarial del embarazo, mientras que aquella prohibición se aplicará automáticamente.

48 RTC 2008/92. Resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la STS 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2388), recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 954/2005, frente a la STSJ Extremadura 17 de enero de 2005 (JUR 2005, 37920), dictada en recurso de duplicación interpuesto frente a la SJS núm. 1 Badajoz 24 de marzo de 2004.

49 Para Badiola Sánchez (2008, 33) la relación entre la normativa comunitaria, exigente del conocimiento empresarial del estado de gestación, y la interna, que elimina dicho requisito, no debe resolverse conforme al principio de primacía de la legislación europea, sino conforme al principio de norma más favorable.

50 STSJ Madrid 22 de noviembre de 2014 (AS 2014/981).

feridos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que este incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad. La mujer, en fin, viene siendo objeto de una doble discriminación, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas y cuidado de los hijos, y ello supone un factor de competencia desigual inadmisibles con los hombres en el acceso y promoción dentro del mercado de trabajo. Por ello, es necesario erradicar esta lastimosa realidad mediante instrumentos de intervención pública. La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 92/2008, conozca o no el empresario su situación de embarazo, es digna de elogio, por cuanto toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente se ha de calificar como nulo, conociere o no el empresario ese embarazo.

De este modo, la doctrina constitucional, a raíz de las dos sentencias citadas (SSTC 92/2008 y 124/2009), puede resumirse en dos fases.

La primera de ellas, que aborda la petición de nulidad desde un punto de vista “causal”, esto es, analizando la existencia de móvil discriminatorio en la actuación empresarial, motivado por el estado de embarazo de la trabajadora, es la que se construye sobre la base de las siguientes premisas: a) un despido motivado por el embarazo de la trabajadora constituye, inequívocamente, una discriminación por razón de sexo; b) para entender vulnerado este derecho, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada; c) difícilmente podrá apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo; y d) es correcto no apreciar la existencia de un despido “motivado” por el embarazo cuando la trabajadora no ha aportado al proceso indicios de la vulneración de su derecho fundamental.

La relevancia de la doctrina constitucional se centra, no obstante, en la segunda parte del razonamiento, aquella que analiza la segunda cuestión planteada en el recurso de amparo desde un punto de vista “objetivo”, no causal o automático; en concreto, revisa la eventual lesión de la tutela judicial efectiva que se habría producido por la interpretación arbitraria, efectuada por los órganos judiciales, del art. 55.5.b ET en la redacción dada al mismo por Ley 39/1999, al exigir la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, cuando dicho requisito no figura en el precepto legal (interpretación esta que ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas).

Pues bien, en este contexto entiende el Tribunal Constitucional que, aunque la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exigiría necesariamente un sistema de tutela objetiva, como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999 (siendo válido el esquema anterior a la reforma), una vez que este, a través de la nueva redacción del precepto legal (art. 55.5.b ET) incrementa las garantías del derecho a la no discriminación mediante un desarrollo concreto del art. 14 CE, conectado con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no pueden los tribunales interpretar restrictivamente el precepto legal exigiendo un conocimiento del estado del embarazo por parte del empresario que la norma no contempla<sup>51</sup>.

Asumiendo la interpretación constitucional desde la primera de estas sentencias, el Tribunal Supremo procedió a rectificar su doctrina<sup>52</sup>, como se observa en su Sentencia del 17 de octubre de 2008<sup>53</sup> (dictada, cronológicamente, entre las dos resoluciones del Tribunal Constitucional antes señaladas), en la que se viene a relevar a la trabajadora de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa, con base en que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas guarda una vinculación directa con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, siendo el problema más importante al que se enfrenta el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad y la lactancia, debiendo atenderse a esta circunstancia a la hora de lograr la efectividad del principio de igualdad constitucional. En este contexto, se afirma que el precepto analizado (art. 55.5, párrafo 2º, letra b ET), es configurador de una “nulidad objetiva”, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación<sup>54</sup>. Por ello, la protección establecida por la Ley 39/1999 es más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, al dispensar a la trabajadora de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo.

Despejadas las anteriores dudas por los máximos intérpretes del ordenamiento legal y constitucional, los órganos jurisdiccionales no habrían de encontrar demasiadas dificultades teóricas al enfrentarse a los despidos de mujeres embarazadas, pues la calificación de nulidad vendría impuesta, salvo procedencia del cese, tanto si se acreditaba un panorama indiciario discriminatorio no desvirtuado, como si, en su ausencia,

---

51 Para Caballero Sánchez-Izquierdo (2013), a la vista de estas dos sentencias, debe diferenciarse, en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas, si la decisión extintiva responde a un móvil discriminatorio o bien, si dicha actuación meramente coincide en el tiempo con el estado de gestación de la empleada sin que tal circunstancia personal la conozca siquiera el empleador. Si se trata del primero de los supuestos enunciados, la nulidad del despido procedería directamente de la quiebra del art. 14 CE; mientras que en el segundo supuesto —improcedente interpretación del art. 55.5.b ET—, ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en relación con el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

52 El Tribunal modifica su doctrina, con cierta resignación, recordando que la cuestión “había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento (del embarazo), en Sentencia dictada en Sala General de 19 de julio de 2006, reiterada por la de 24 de julio de 2007. Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación que de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal”. 53 RJ 2008/7167.

54 Entiendo que, aunque algún Tribunal tiene declarado (véase STSJ Madrid 26 de mayo de 2014, AS 2014/ 2443)

se concretaba la efectividad de la medida extintiva en período de gestación<sup>55</sup>.

Era claro, pues, que esta doble tutela resultaba aplicable, sin duda, tanto al despido disciplinario como a la extinción por causas objetivas, en virtud de los arts. 55.5 y 54.3 ET. Sin embargo, pronto hubieron de resolver los tribunales otro problema: la extensión de esta doble tutela y, por tanto, de la doctrina de la nulidad objetiva a supuestos distintos de los anteriores, pero claramente relacionados, como el desistimiento empresarial durante el período de prueba.

### 1. DOCTRINA JUDICIAL

En este sentido, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia no fue unidireccional, admitiendo pronunciamientos de diverso signo, habiendo identificado Cordero Gordillo (2012, 307-325) tres distintas posturas de los órganos de suplicación: a) no aplicar el art. 55.5.b ET al desistimiento en período de prueba, dada su naturaleza distinta al despido; b) aplicar la nulidad objetiva a todas las extinciones, incluida la acaecida durante la prueba, aunque no exista móvil discriminatorio, al ser la regla del art. 55.5.b ET una medida de acción positiva de las trabajadoras embarazadas; y c) aplicar el citado precepto a las extinciones durante el período de prueba en la forma en que el Tribunal Constitucional interpretaba con anterioridad a su Sentencia 92/2008, esto es, exigiendo el conocimiento del embarazo por la empresa<sup>56</sup>.

Así, como ejemplo de la primera postura, podemos citar la STSJ Madrid 18 de julio de 2006<sup>57</sup>, la cual mantenía que no consta “que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la demandante y al faltar ese indicio expresivo de la supuesta discriminación, el demandado no tiene que probar los motivos de por qué resolvió el contrato durante el período de prueba”; o la STSJ Castilla-León/Valladolid 29 de abril de 2009<sup>58</sup>. De la segunda posición, tenemos la STSJ Andalucía/Sevilla 18 de diciembre de 2008<sup>59</sup>, que señala que nada en el artículo 55.5.b ET “permite apreciar que el legislador haya exigido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo”; o la STSJ Castilla-La Mancha 6 de abril de 2009<sup>60</sup>. De la tercera opción, citaremos la STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de febrero

---

que “el simple hecho de embarazo no es un indicio como tal cuando la situación de la actora era conocida antes de la contratación (...) y no fue impedimento para ello el estado de gestación de la demandante (...)”, forzando la literalidad del art. 55.5.b ET, deberíamos considerar nulo, aunque no discriminatorio, el despido de una trabajadora embarazada, cuyo estado de gestación fue conocido (si se me permite, y aceptado) por el empresario en el momento de su contratación, y ello pese a que, en este caso, sería muy difícil achacarle una motivación discriminatoria por razón de sexo.

55 Repárese, no obstante, en que a una trabajadora puede interesarle obtener una declaración de nulidad “causal” (no solo “objetiva”) con finalidades varias, como la de ver reconocido su derecho, adicional, al percibo de la indemnización que compense el perjuicio causado por la vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, Cordero Gordillo (2012, 314) da cuenta de un supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional (en STC 342/2006 11 de diciembre de 2006) en el que una trabajadora, cuyo despido había sido declarado nulo no discriminatorio por los tribunales ordinarios aplicando el art. 55.5.b ET, recurrió en amparo solicitando una declaración de despido nulo por discriminatorio y una indemnización por daños y perjuicios, petición estimada por el Alto Tribunal que aplicó la técnica de la prueba de indicios para estimar la existencia de discriminación por razón de sexo.

56 Cordero Gordillo (2012/28, 317) hace un repaso concreto de las sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que acogen cada una de esas tres posiciones.

57 AS 2006/3409.

58 JUR 2009/256790.

59 AS 2009/815.

60 AS 2009/1088.

de febrero de 2007<sup>61</sup>, la que aclaraba que al encontrarse la trabajadora embarazada en el momento del cese en período de prueba, “siendo ello conocido por la empresa en tal momento”, el cese solo podría ser o lícito o nulo).

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El panorama fue aclarado por la STS 18 de abril de 2011<sup>62</sup>, que niega la extensión de las reglas de la nulidad objetiva del despido a los supuestos de desistimiento en período de prueba, en atención a la muy distinta naturaleza jurídica de ambas instituciones, algo que impide aplicar analógicamente al segundo las reglas previstas para el primero.

Señala el Alto Tribunal, para justificar su elección restrictiva, que el legislador no ha ampliado los supuestos de nulidad “objetiva” (ni en la Ley 39/1999, ni en la posterior Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de hombres y mujeres) por causas de extinción de la relación laboral distintas del despido, de donde se infiere que habría evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba; destacando igualmente cómo el Tribunal Constitucional ha entendido “suficientemente” protector el sistema antidiscriminatorio “causal” anterior a la reforma, con independencia de la mejora del mismo operado por Ley 39/1999, precisamente, para el supuesto de despido causal. De ahí que, para extender esta protección a otras causas extintivas, habría que acudir a una aplicación analógica (ex art. 4.1 CC) que requeriría la existencia de una “verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado”.

Y es en este punto donde la Sala indica que las diferencias con el despido, “tanto objetivo como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa<sup>63</sup>. Puede afirmarse que el período de prueba supone una excepción al principio

---

61 AS 2007/2851.

62 RJ 2011/5814. El Tribunal Supremo, en Sala General, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2893/2010) interpuesto por la trabajadora frente a la STSJ Madrid 11 de junio de 2010, que confirmaba la SJS núm. 31 de Madrid 2 de diciembre de 2009. En una situación de imperceptible embarazo (diez semanas) la trabajadora es objeto de contratación temporal por período de seis meses prorrogable y pacto de prueba de dos meses, dando por extinguido, la empresa, el vínculo laboral antes de finalizar el referido período de prueba. Solicitada la nulidad del despido alegando el conocimiento del embarazo por parte de la mercantil al tiempo de despedirla, recae Sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social 31 de Madrid, confirmada luego por la Sala de lo Social del TSJ Madrid, órganos jurisdiccionales que consideraron lícito el desistimiento al no acreditarse, en ese momento, el conocimiento del embarazo por parte del empresario, añadiendo: que el embarazo era anterior y no sobrevenido al momento de la contratación; que el mismo día del cese habían extinguido el contrato de un compañero varón; y que, en fin, la trabajadora no había alcanzado los objetivos de ventas fijados. Interpuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina, recae Sentencia desestimatoria del TS, para quien el problema ha de abordarse desde la óptica constitucional, sin que resulte de aplicación la regla de nulidad objetiva del art. 55.5 ET, dada la naturaleza distinta del despido y de la extinción durante el período de prueba. Bajo esta premisa considera el Alto Tribunal inexistente la alegada vulneración. 63 En cambio, para Bajo García (2014, 186), “la decisión de extensión o no por analogía de la nulidad objetiva no puede basarse en las diferencias formales entre el acto o proceso que puede producir el resultado discrimi-

de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma”, de donde se infiere que “la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica (en este caso, el sistema de nulidad ‘cualificada’ establecido por la Ley 39/1999), pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación”<sup>64</sup>. “De ahí que en una fase inicial —y precaria— de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal”<sup>65</sup>. Se puede concluir, en suma, que durante “el periodo de prueba, la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas”.

La Sentencia, que no atiende el Informe del Ministerio Fiscal favorable a la procedencia del recurso, cuenta, no obstante, con un convincente Voto Particular<sup>66</sup> que considera “accesorias” aquellas diferencias (elevadas a categoría fundamental por la mayoría de Sala) que han impedido extender la “nulidad reforzada” al desistimiento en período de prueba, de manera que la protección legal del embarazo de la mujer trabajadora debería ser idéntica en los supuestos de despido y en los de extinción contractual durante el periodo de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el art. 14.2 ET para el período de prueba. Y así, según el voto discrepante, “una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa

---

este caso, el bien protegido en ambos supuestos es coincidente, no existiendo diferencias relevantes entre los actos de los que proviene el daño que justifiquen la desprotección en un supuesto frente al otro. Por otra parte, no puede hablarse de ausencia de laguna, debido a que el desistimiento encuentra regulación en el art. 14.2 ET, puesto que, de admitirse tal argumento, tampoco cabría aplicar la nulidad por discriminación durante el periodo de prueba pese a la acreditación de la comunicación del embarazo, puesto que tampoco este supuesto se ha previsto en el art. 14.2. ET.

64 No obstante, como ya establecieron las SSTC 94/1984 (RTC 1984/94) y 166/1988 (RTC 1988/166), la facultad resolutoria no es omnimoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato, de manera que “la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”.

65 El Tribunal viene a razonar que, estando ya preservado suficientemente el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, el legislador ha atendido al derecho de igualdad de oportunidades, lo que implica ajustar las medidas legales al momento en que la protección ha de dispensarse, “según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo”.

66 Que formulan los Magistrados Salinas Molina, De Castro Fernández, Agusti Juliá, Segoviano Astaburuaga, Viroles Piñol y Alarcón Caracuel.

las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada, aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, tanto más cuanto, como ha señalado la más reciente doctrina constitucional, esta última cuestión pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener —legítimamente— preservada del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial) que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer”.

Los argumentos de disenso pueden sintetizarse así:

- Los derechos constitucionalmente protegidos en las extinciones contractuales durante el período de prueba no se limitan al derecho a la igualdad y no discriminación ex art. 14 CE, sino también a los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados, tales como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE.
  - Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria ponen el acento en la protección de la mujer trabajadora embarazada ante la extinción contractual (“riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad”), sin distinción de causas.
  - La protección de los derechos de intimidad y/o dignidad de la mujer (que conlleva mantener en su esfera de privacidad la situación de embarazo) merecen idéntica protección en caso de despido y de desistimiento por no superación del período de prueba.
  - Para aplicar esta protección reforzada frente a la discriminación, debe estarse a la situación de embarazo de la mujer trabajadora, y no a la concreta causa de cese o extinción de la relación laboral, sin necesidad de acudir a criterios de analogía entre las causas de extinción.
  - Debe destacarse que la Directiva 92/85/CEE contiene un concepto amplio de despido que comprende los supuestos en los que el empleador puede proceder a la extinción contractual sin alegación de una causa, supuestos en los que habría que encajar la extinción en período de prueba, tanto si se considera que dicha extinción es causal (por no haber superado la prueba) como si se estima que, en realidad, el empresario puede extinguir de manera libérrima (sin justificar la no superación de la prueba) la relación laboral durante el período de prueba. Y, si es aplicable la Directiva comunitaria, es claro que también lo es la normativa nacional de transposición de la misma, esto es, la aplicación de la regla de nulidad automática del artículo 55.5. b) ET.
  - Además, nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado “reales despidos no causales” (es cierto que con la obligación aparejada de indemnizar): los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por el empresario (art. 56.2. ET/95 en

su versión desde 14-12-2002 hasta 11-02-2012) y las extinciones por causas objetivas reconocidas como improcedentes en los contratos de fomento de la contratación indefinida (DA 1ª Ley 12/2001), sin que en ninguno de los dos supuestos se dudase respecto de la versión desde 14-12-2002 hasta 11-02-2012) y las extinciones por causas objetivas reconocidas como improcedentes en los contratos de fomento de la contratación indefinida (DA 1ª Ley 12/2001), sin que en ninguno de los dos supuestos se dudase respecto de la aplicación del art. 55.5.b ET si se trata de una mujer embarazada<sup>67</sup>.

No obstante lo anterior, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha seguido dictado resoluciones confirmatorias del criterio inicial, como puede verse, entre otras, en STS 31 de octubre de 2013 y STS 28 de noviembre de 2017<sup>68</sup>, en las que el Alto Tribunal constriñe la aplicabilidad de la nulidad “objetiva” al ámbito de la decisión extintiva de despido.

### 3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ante posturas jurídicas tan dispares, incluso entre los integrantes de los mismos órganos jurisdiccionales (véanse los importantes Votos Particulares en las sentencias que resolvían la cuestión), la doctrina consideraba necesario el pronunciamiento del máximo intérprete constitucional<sup>69</sup>, que llegó con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/2013 10 de octubre de 2013<sup>70</sup>.

En ella, el Alto Tribunal analiza el supuesto de una trabajadora embarazada cuyo contrato es resuelto por el empresario durante el período de prueba, sin que constase el conocimiento, por este, del estado de embarazo de su empleada. Debía resolverse si la nulidad “reforzada” podía extenderse, también, al cese en período de prueba, o si, por el contrario, dicha limitación desnaturalizaría la propia institución<sup>71</sup>.

Descartada la existencia, en este caso, de un panorama discriminatorio (dado que no consta el conocimiento del embarazo por el empresario, amén de que con la misma fecha fue cesado un compañero varón, lo que impediría apreciar desigualdad prohibida)<sup>72</sup>, la respuesta a la cuestión básica a resolver es negar la extensión de las garantías

---

67 Obviamente, la referencia a estas disposiciones normativas ha de entenderse hecha a la situación anterior a la reforma laboral de 2/2012.

68 RJ 2013/7751 y RJ 2017/5657.

69 Así lo entendía Cordero Gordillo (2012, 325), al indicar que “ante las discrepancias que existen en el seno del Tribunal Supremo, al igual que ocurrió precedentemente con el despido, sería deseable que el Tribunal Constitucional tuviera la oportunidad de pronunciarse respecto a esta cuestión (...)”.

70 RTC 2013/173. Resolviendo el recurso de amparo formulado frente a la STS 18 de abril de 2011 (RJ 2011/5814).

71 Carrasco Durán (2013) señala, de manera gráfica, que había que valorar si la expansión de la tutela de la mujer embarazada en casos de posible discriminación había “llegado a su tope” (en referencia al alcanzado con las Sentencias del TC 92/2008 y 124/2009).

72 Talens Visconti (2014, 486) comparte el contenido del Fallo y considera que el panorama indiciario queda neutralizado por medio de los tres elementos que indica la STC: a) el desconocimiento del embarazo impide considerar que el empresario actúa con ánimo segregacionista; b) el hecho de no haber llegado al volumen de ventas requerido por la empresa es el dato que de manera más férrea permite aceptar como válida la extinción; y c) el cese, el mismo día, de un trabajador varón, contratado, a su vez, el mismo día que la trabajadora demandante, demostraría que la decisión fue ajena a cualquier propósito atentatorio de derechos fundamentales. Con todo, el autor alerta del peligro que la interpretación de este último indicio pudiera tener “sobre futuras

de nulidad “objetiva” o “reforzada” a este supuesto, por entender que la protección establecida en el art. 55.5.b ET queda residenciada en el estricto ámbito del despido; y ello porque entre el despido con nulidad objetiva y la resolución contractual durante el período de prueba, existen diferencias sustantivas que justifican su tratamiento dispar, el cual es reforzado en el caso del despido en tanto decisión necesariamente causal y motivada, cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor. El intérprete constitucional se encarga de recordar, no obstante, que esta configuración no priva a las resoluciones durante el período de prueba de sus garantías antidiscriminatorias, de manera que, pese a no requerir éstas una expresión de causa o motivación, serán nulas si encierran un móvil discriminatorio<sup>73</sup>.

Haciendo suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo que confirma, insiste el Constitucional en la idea de que existe, por una parte, un sistema de protección general de carácter “constitucional” que se aplicaría a cualquier extinción que vulnere derechos fundamentales (incluida la resolución durante el período de prueba); y por otra, un sistema de configuración “legal”, que constituiría un plus o añadido de protección, residenciado en el ámbito estricto del despido, y no aplicable, por tanto, a las extinciones no causales<sup>74</sup>.

Esta posición jurídica, doctrinalmente, se ha interpretado apreciando, en la protección del embarazo, una “doble tutela”; ya que, por un lado, se protege el bien jurídico tradicional, cual es la prohibición de discriminación, y por otro, se protege “también” con la nulidad la situación de embarazo o maternidad como interés jurídico a tutelar de forma directa y automática. De este modo, en el primer caso, se requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba, en cuyo caso la trabajadora ha de

---

actuaciones fraudulentas, puesto que de acogerse literalmente podría suponer que cualquier empresario, con el único fin de desterrar la prueba sobre una extinción discriminatoria, proceda a hacer lo propio con otro trabajador varón”.

73 Distinguiríamos, pues, una especie de contenido adicional de la prohibición de discriminación por razón de sexo, de contenido legal pero infraconstitucional (similar a la construcción propia de ese contenido adicional en el derecho a la libertad sindical).

74 En definitiva, como indica Sempere Navarro (2013, 8) citando las palabras del Tribunal Constitucional, “el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba, de modo que, en una fase inicial —y precaria— de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación debe ceñirse a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configuración legal”. En palabras de Aparicio Aldana (2014), “mientras en el primer caso se presume que el despido de la trabajadora es nulo debiendo acreditar el empleador que tal nulidad es inexistente porque han sido otras las razones, y no la discriminación en razón de sexo, lo que ocasionó el despido; en el segundo (desistimiento), la extinción de la relación laboral por el empresario se presume legítima y procedente siendo la trabajadora quien tiene que presentar suficientes indicios para acreditar que las razones de dicha extinción son resultado de una discriminación en razón de sexo y no por no cumplir con las expectativas de la empresa. En sentido opuesto, Bajo García (2014, 185), entiende que la ratio legis de la norma es absolutamente extensible al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba, preguntándose, de manera retórica, si cabe interpretar que la intención del legislador al introducir la regla de la nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada, era no proteger con esta garantía a la trabajadora embarazada durante el período de prueba.

aportar indicios suficientes de discriminación; mientras que en el segundo se trata de una declaración objetiva y automática que constituye una acción positiva basada en el embarazo mismo (Poquet Catalá 2014, 12), automaticidad legal no extensible a las extinciones durante el período de prueba<sup>75</sup>.

Cosa distinta es que el período de prueba establecido en el contrato pueda reputarse ilícito (piénsese, por ejemplo, en que se ha superado el máximo convencional o en que se reitera en el nuevo contrato un período de prueba ya superado para las mismas funciones), en cuyo caso el vínculo laboral ha de considerarse “ordinario” y, como tal, no excluyente de las reglas extintivas estatutarias<sup>76</sup>.

A partir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es previsible encontrar ya Sentencias que sigan acogiendo la tesis de la “nulidad objetiva” en el cese de trabajadoras embarazadas durante el período de prueba<sup>77</sup>, al menos mientras el juego de las mayorías en los órganos colegiados nacionales o la intervención del Derecho comunitario den un giro a la cuestión.

En realidad, esto no es del todo descartable si atendemos a que, al igual que sucediera con aquella de la que trae causa, esta contiene votos particulares cuya relevancia aconseja una mención en esta parte del texto y no en las notas a pie de página.

El primero de ellos, que muestra conformidad con el Fallo<sup>78</sup>, llama la atención,

---

75 Para Pérez de Prado (2014, 3), “nuestro ordenamiento jurídico contiene, a la luz de la doctrina constitucional, dos mecanismos de tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas, ambos de carácter agravado, dado el derecho fundamental en juego. El primero, de grado máximo, es el sistema de nulidad objetiva, que se aplicará a los casos de despido. El segundo, de menor intensidad, es el sistema de nulidad causal (Cavas Martínez, 2008), relativo a las restantes formas de extinción, durante el periodo de prueba y fin del contrato temporal. El problema que plantea la opción por la tutela heterogénea es que (...) a un mismo supuesto de hecho se aplican diversos mecanismos de control, (de manera que) no cabe hablar de la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada, sino de «las tutelas» (ya que) ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional es plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes laborales por las que se atraviese. De esta forma, se aplicará el sistema objetivo a la extinción de contratos indefinidos que hayan superado el período de prueba; o contratos temporales, en las mismas circunstancias, siempre que su extinción se produzca ante tempus. Por el contrario, la tutela descansará en el causal en los primeros meses de la relación laboral indefinida o temporal, mientras dure el periodo de prueba; o en el caso de contratos temporales, porque su extinción venga dada por la llegada de su término y no se renueve”.

76 Es el supuesto que refleja la STSJ Comunidad Valenciana 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/1450).

77 Muy al contrario, las Sentencias suelen incluir en sus Fundamentos de Derecho referencias expresas a la doctrina consolidada a raíz de la última Sentencia del Tribunal Constitucional, como puede verse, entre otras, en las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 26 Madrid 27 marzo de 2014 (AS 2014/ 509 y AS 2014/1170); Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 22 noviembre de 2013 y 26 octubre de 2015 (AS 2014/981 y AS 2016/174); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 12 de setiembre de 2014 (JUR 2014/250248); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 7 de octubre de 2014 (AS 2014/2987); o Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana 6 de febrero de 2018 (AS 2018/1167), entre otras.

78 Formulada por Andrés Ollero Tassara.

(el estado de gestación incluso podría haber sido evidente)<sup>79</sup>; la segunda es la de censurar la virtualidad que, al objeto de eliminar dudas antidiscriminatorias, puede tener la decisión simultánea de cesar a un compañero varón<sup>80</sup>.

El segundo de los Votos particulares<sup>81</sup>, discrepante y de mayor alcance, estima que habría de haberse otorgado amparo a la trabajadora recurrente, en la medida en que no puede aceptarse una distinta protección a la mujer embarazada en la ruptura de la relación laboral, en función de sus circunstancias contractuales; el régimen tuitivo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, en caso de mujeres embarazadas (art. 55.5 ET), no constituye, por lo demás, un mero plus añadido por el legislador, sino un imperativo constitucional ex art. 14 CE (que contiene un marcado carácter parificador frente a situaciones de inferioridad o desventaja estructural). De este modo, con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección otorgada por el art. 14 CE, los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutaban de una tutela “directa” sin necesidad de una previa intermediación legislativa, ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE, cuyas premisas para entenderlo vulnerado son, por una parte, la concurrencia del factor protegido (en este caso, el embarazo, como realidad biológica enlazada al género) y, por otra, la existencia de un perjuicio asociado (en nuestro caso, la extinción del contrato de trabajo), sin que los elementos de legalidad que adjetivan de modo distinto cada instituto jurídico (despido y desistimiento durante el período de prueba) logren disolver la presencia de esta doble premisa. A lo anterior se añade que la doctrina constitucional afirma, de manera constante, que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales, debiendo generalizarse ante las mismas una cobertura idéntica.

#### 4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Obviamente, la imposición de la tesis mayoritaria en la disputa jurídica analiza no neutraliza los argumentos de la “vencida”, de manera que, manteniendo la firmeza de sus planteamientos, son muchos los autores que vaticinan un futuro replanteamiento<sup>82</sup> de aquella. No es, por ello, descabellado, apostar por la aplicación del artículo 55.5.b

---

79 Se pregunta el magistrado Ollero si el embarazo mismo no habría de considerarse como un indicio de discriminación y, en caso contrario, ante las dificultades de probar fehacientemente el conocimiento o la ignorancia del mismo, ¿sobre cuál de los dos sujetos pesa la carga de la prueba? La sentencia da a entender que es la trabajadora la que tendría que haber demostrado que la empresa lo sabía, lo cual, a juicio del magistrado firmante, supone gravar sobre ella, de modo excesivo, la carga probatoria.

80 Señala, con claro acierto —en nuestra opinión— que dicho dato no debiera permitir, por sí solo, descartar la existencia de discriminación, pues, de lo contrario, “bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar período de prueba”. Por lo demás, a sensu contrario, la STC 17/2007 no admitió como argumento de la actitud no discriminatoria de la empresa el hecho de que otras trabajadoras embarazadas, compañeras de la despedida, no hubieran visto extinguido su contrato de trabajo, y ello porque, como informó el Fiscal, la existencia de otros supuestos en los que la empresa haya respetado los derechos de otras trabajadoras no puede servir para neutralizar la queja aducida por la recurrente.

81 Formulado por Fernando Valdés Dal Ré, al que se adhieren Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos.

82 Lousada Arochena (2013, 152) considera que “ninguno de los análisis anteriores (en referencia al parecer mayoritario del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) justifica interpretar restrictivamente la prohibición

ET, indistintamente, a cualquier extinción contractual afectante a una mujer embarazada (tanto despido como desistimiento durante el período de prueba), al poder considerarse el contenido esencial de los derechos fundamentales que, directa e indirectamente, gravitan sobre el estado de gestación, de mayor relevancia que los argumentos que establecen diferencias en la naturaleza jurídica, no debiéndose olvidar la amplitud con la que el Tribunal Supremo ha abordado el concepto de despido.

En este sentido, la protección del principio de no discriminación por embarazo pudiera desplegar idéntica energía, no solo en el despido, sino también en el acceso al empleo y en relación a cualquier decisión o circunstancia de trabajo<sup>83</sup>, mucho más si tenemos en cuenta que el modelo de gestión empresarial imperante en nuestro país, atribuyendo equivocadamente un valor negativo al embarazo, condiciona y dificulta el acceso al empleo y su conservación, siendo extremadamente compleja la protección frente a la discriminación, sobre todo, en la fase de acceso al empleo, añadiéndose mayores garantías una vez celebrado y “asentado” el contrato de trabajo y, desde luego, en el momento de la extinción (Bajo García 2014, 175).

Desde este punto de vista, mal se compadece con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo una interpretación legal que disminuya la protección a la mujer embarazada en el momento más necesario, esto es, aquel durante el cual ni siquiera se requiere alegación de causa para el cese.

A lo anterior debe añadirse que la misma identidad de razón que justifica la tutela reforzada de la trabajadora embarazada una vez superado el período de prueba se da en los momentos previos<sup>84</sup>, siendo cuestionable que en este último caso se exija la demostración del conocimiento por un tercero (el empresario) de un estado de gestación que, por descontado, pertenece a la esfera más íntima de quien debiera ser dueña de la decisión de mantener tal información en su privacidad, más aún cuando su exteriorización en el ámbito laboral puede amenazar la consolidación del contrato de trabajo mediante el transcurso del período de prueba establecido.

---

de despido de las trabajadoras embarazadas excluyendo el desistimiento empresarial durante la vigencia del período de prueba. Y además (...) eso puede ser contrario a la Directiva 92/85/CEE. Con lo cual, la intervención del TJUE podría alterar la doctrina constitucional. Además, la perspectiva de género, que marca el signo de nuestros tiempos (...) nos lleva a vaticinar la futura defunción de la doctrina constitucional”. A su juicio, “la fuerza expansiva de la igualdad como aspecto derivado de su dimensión objetiva o institucional para mejorar los derechos subjetivos de las personas a la igualdad de sexos, debiera conducir a una reconfiguración del contenido esencial de la prohibición por discriminación del artículo 14 de la CE, entendida en una clave de género (de manera que) (...) únicamente la aplicación automática de la prohibición de despido garantiza a las trabajadoras embarazadas que, en la decisión empresarial, no influye ningún perjuicio de género”.

83 Aunque es cierto que la propia LOI habla de “despido”, cuando podría haber hecho referencia de manera genérica a cualquier forma de extinción contractual.

84 Coincidiendo con Pérez de Prado (2014, 5), no parece coherente que “ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional (sea) plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes por las que se atraviese”, como tampoco es congruente “que se busque el móvil discriminatorio en supuestos (desistimiento empresarial durante el período de prueba) en los que la protección es per se menor que en el caso de despido y en los que la prueba es aún mucho más dificultosa. Entiendo que en el centro de la discusión se sitúa una pregunta: si la protección reforzada lo es de la propia maternidad y de las situaciones conectadas a ella, o del principio de no discriminación; si ha de primar el primero, la postura del TC queda muy comprometida.

En este sentido, es cierto que aplicar la regla de la nulidad objetiva al desistimiento durante el período de prueba implica atacar su condición de extinción no causal; sin embargo, en el otro extremo, obligar a la trabajadora a comunicar al empresario su estado de gestación para poder, de esta forma, obtener una protección reforzada ante una ulterior extinción del contrato implica, de una parte, atentar contra su intimidad y, de otra, precarizar más su situación durante el tiempo que falte para agotar el período de prueba, facilitando al empresario la toma de decisiones extintivas aparentemente neutras pero basadas realmente en el hecho del embarazo, participado por la propia trabajadora y que, de otra forma, podría haber permanecido en la esfera de su intimidad.

Por otra parte, la opción por este tratamiento heterogéneo conlleva la exigencia de una carga procesal agravada. En vez de haber igualado a todas las trabajadoras, obviando en este concreto extremo el “matiz” del momento en que se produce el cese (durante el período de prueba), se ha optado por exigir a estas últimas la acreditación del panorama indiciario, resucitando, con ello, todos aquellos inconvenientes que judicialmente se habían declarado contrarios a la intimidad de la trabajadora (comunicación de su estado) y a su derecho a la estabilidad en el empleo (conocimiento empresarial que propicia el cese), situación que se complica aún más desde el momento en que ni siquiera este conocimiento del estado de gestación por el empresario es suficiente, por sí solo, para acreditar aquel panorama discriminatorio<sup>85</sup>.

En último término, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, que se sigue acogiendo sin fisuras en pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo, posee una importancia muy destacable si atendemos a la posibilidad de establecer, por convenio colectivo, duraciones muy dilatadas del período de prueba, riesgo acrecentado con la intervención legislativa singular producida, en este ámbito, en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores en el que se ha establecido la duración, en todo caso, de un año, con independencia del tipo de prestación de servicios contratada. En todos esos casos, las trabajadoras embarazadas, al menos mientras su estado de gestación no sea notorio, habrán de convivir con temor al desistimiento empresarial durante el período de prueba, riesgo este que, sin duda, viene a “duplicar” la precariedad laboral inherente a esta nueva modalidad de contratación.

---

85 Como dice Pérez de Prado (2014, 4): “Aun constituyendo (el conocimiento empresarial del embarazo) un elemento central, debería añadirse que, siendo necesario, no resulta suficiente para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Antes al contrario, hasta la fecha la doctrina constitucional viene exigiendo la concurrencia de algún otro elemento adicional: «El mero dato del conocimiento por parte de la empresa y posterior despido no puede constituir (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo» (STC 342/2006 11 de diciembre - BOE 16-01-2007, núm. 14); en el mismo sentido, las SSTC 41/2002 25 de febrero - BOE 03-04-2002, núm. 80 y 17/2003 30 de enero - BOE 05-03-2003, núm. 55. En particular, y por lo que hace al período de prueba, se entendió que constituían indicios racionales de discriminación el hecho de haber superado previamente otro período de prueba, haber cubierto los objetivos fijados y que la extinción del contrato se produjera inmediatamente después de sucesivas bajas motivadas por embarazos (STC 17/2007 12 de febrero - BOE 14-03-2007, núm. 63). En otras ocasiones, sin embargo, las exigencias fueron menores, bien es cierto que había mediado una comunicación expresa del embarazo a la empresa (STC 166/1988, 26 de septiembre - BOE 14-10-1988, núm. 247). En suma, aun cuando el debate suele centrarse en el hecho del conocimiento empresarial, como elemento imprescindible, puede afirmarse que no es suficiente desde el punto de vista procesal.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Castellanos, M. M. (2005). La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo, *Aranzadi Social*, 2.
- Alonso Olea, M. (1984). Sobre el despido en período de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, II.
- Aparicio Aldana, R.K. (2014). Discriminación por razón de sexo y criterios de diferenciación en el trabajo, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, Parte Presentación.
- Aramendi Sánchez, P. (2016). El despido de la trabajadora embarazada, *Aranzadi Social*, núm. 13 (BIB 2006\1359).
- Badiola Sánchez, A. M. (2008). *Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad*, Justicia Laboral,
- Bajo García, I. (2014). Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 36.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I (2013). Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, Enero-Marzo.
- Caballero Sánchez-Izquierdo, J. M. (2013). Período de prueba. Extinción de contrato de trabajadora embarazada, *La Ley* 5377/2013.
- Carrasco Durán, M. (2013). La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875/2013.
- Cordero Gordillo, V. (2012). La extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28.
- De Val Tena, A.L. (1998). *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas (Estudios de Derecho Laboral), Madrid.
- Díaz Mora, J. M. (2003). La extinción del contrato de trabajadora embarazada: ¿nulidad objetiva o causal?, *Información Laboral*, 12.

- Gorelli Fernández, J. (1997). *La protección por maternidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Lousada Arochena, J. F. (2013). Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba, *Revista de Derecho Social*, 63.
- Montoya Melgar, A. (1994). No renovación de contrato por embarazo de la trabajadora, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, 12.
- Peco Alcázar, M.A. (2016). Discriminación por razón de sexo y criterios de diferenciación en el trabajo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 924/2016, Parte Comentario.
- Pérez del Prado, D. (2014). La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La SCT 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección, *Información Laboral* 1/2014 (BIB 2014/597).
- Piqueras Piqueras, M. C. (1995). *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, Ibidem, Móstoles.
- Poquet Catalá, R.(2014). El despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 165.
- Quintanilla Navarro, R. Y. (2014). Extinción de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164.
- Ramos Martín, N.E. (2002). La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 37.
- Romeral Hernandez, J. (2009). Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente, *Tribuna Social*, 226.
- Sáez Lara, C. (1994). *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES.
- Sempere Navarro, A. V. (2013). Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba, *Aranzadi Doctrinal*, 8.
- Talens Visconti, E. (2014). Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. Comentario a la STC (Pleno), 173/2013 de 10 de octubre, *Revista Bolivariana de Derecho*, 18.