



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

*La tutela del puesto de trabajo de las
trabajadoras embarazadas*

Presentado por:

Lucía Morejón Arranz

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: La desigualdad entre sexos existente en diversos ámbitos, tiene unos efectos especialmente nocivos en el ámbito laboral. Las dificultades para acceder a un puesto de trabajo o para poder progresar dentro de la empresa son un hecho, máxime cuanto se trata de una mujer embarazada. En este caso, se combina una doble discriminación: por ser mujer y por hallarse en estado de gravidez.

En los últimos decenios se viene luchando, afortunadamente, contra estas desigualdades. Sin embargo, lo que disponen las normas internacionales, comunitarias y nacionales no siempre se corresponde con la realidad. La protección normativa de la mujer en estado de gravidez necesita implementarse a través de la jurisprudencia.

En esta investigación afrontamos, precisamente, el objetivo de ofrecer una panorámica legislativa y jurisprudencial de la tutela de la mujer embarazada. En otras palabras, examinamos el marco normativo que protege a la mujer embarazada, así como los pronunciamientos judiciales más decisivos en la interpretación y aplicación de la normativa internacional, comunitaria y nacional que protege a la mujer embarazada.

PALABRAS CLAVE: Trabajadora, embarazada, despido, nulidad objetiva, Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Supremo, igualdad, discriminación, derechos fundamentales, nulo, despido disciplinario, despido objetivo, conocimiento, desconocimiento, tutela, dignidad.

ABSTRACT: The inequality between existing sexes in various changes, has especially harmful effects in the workplace. The difficulties to access a job or to progress within the company are a fact, especially when it comes to a pregnant woman. In this case, a double discrimination is combined: for being a woman and for being in a state of gravity. The rights of pregnant women usually conflict with the interests of the employer, who may be more productive in hiring men.

Fortunately, these inequalities have been struggling, fortunately. In the International Community, through Agreements, and especially in the community environment, especially proactive through Directives aimed at guarding pregnant women, various corrective norms of this double discrimination of origin suffered by pregnant women have been adopted. However, what is provided by international, community and national norms does not always correspond to reality. The normative protection of women in a state of gravity needs to be implemented through jurisprudence.

In this investigation, we specifically face the objective of offering a legislative and jurisprudential overview of the guardianship of the pregnant woman. In other words, we examine the regulatory framework that protects the pregnant judge, as well as the most decisive judicial pronouncements in the interpretation and application of international, community and national regulations that protect pregnant women

KEYWORDS: Worker, pregnant, dismissal, objective nullity, Constitutional Court, Court of Justice of the European Communities, Supreme Court, equality, discrimination, fundamental rights, null, disciplinary dismissal, objective dismissal, knowledge, ignorance, guardianship, dignity.

1. ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1 OBJETIVOS.....	6
2.2 METODOLOGIA E INSTRUMENTOS EMPLEADOS.....	7
2. CONTEXTO LEGAL: COMENTARIO SOBRE LA ESTRUCTURA EMPLEADA	8
3.1 CONVENIOS INTERNACIONALES Y DIRECTIVAS	12
4. LEY ORGANICA DE IGUALDAD 3/2007 PARA HOMBRES Y MUJERES. PRINCIPIO DE IGUALDAD	15
4.1 DISCRIMINACIÓN DIRECTA.....	18
4.2 PRUEBA DE INDICIOS A LA LUZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. .	21
5. DIFERENTES SITUACIONES A LAS QUE SE ENFRENTA LA MUJER EMBARAZADA EN CASOS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:	23
5.1 PRECEDENTES COMUNITARIOS.....	23
5.2 ÁMBITO NACIONAL.....	27
5.3 EVOLUCION DE LA DOCTRINA ACERCA DE LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA ART.55.5 SIGNIFICADO. CARGA PROBATORIA. LEY 39/1999. JURISPRUDENCIA DEL TS Y TC.	31
5.4 NULIDAD OBJETIVA: COMENTARIO STC 92/2008 DE 21 DE JULIO	38

6. SITUACIONES CONFLICTIVAS EN LA ACTUALIDAD A LAS QUE SE ENFRENTA LA TRABAJADORA EMBARAZADA	46
6.1 EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA.....	46
6.2 STJUE “PORRAS GUIADO” EN BASE AL ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 92/85/CEE DEL CONSEJO RELATIVA A LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PARA PROMOVER LA MEJORA DE LA SEGURIDAD Y DE LA SALUD EN EL TRABAJO DE LA MUJER EMBARAZADA	50
7. OTROS INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LA MUJER EMBARAZADA AL MARGEN DE LAS DECISIONES ORGANIZATIVAS DEL EMPRESARIO	57
7.1 COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES DE LA MUJER EMBARAZADA CON EL DESCANSO POR MATERNIDAD.....	57
7.2 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJO.....	60
7.3 RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O LACTANCIA ART.26 LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES (LPRL).....	66
8. CONCLUSIONES.....	71
8. BIBLIOGRAFÍA.....	78
ANEXO I- JURISPRUDENCIA.....	80
ANEXO II- WEBGRAFÍA.....	81

1. INTRODUCCIÓN

1.1 OBJETIVOS

Hay constancia de la discriminación histórica que ha sufrido la mujer tanto para acceder a un puesto de trabajo como en los derechos que le asisten en su condición trabajadora, y que se encuentran tutelados en nuestra Constitución al consagrarse el principio de igualdad y la no discriminación en el Art. 14.

Si bien el nivel de formación entre hombres y mujeres está equilibrado, sin embargo, en el ámbito laboral no se obtienen iguales resultados, a falta de una justicia social que equipare a hombres y mujeres realmente.

El análisis de este trabajo parte de la idea de que las mujeres embarazadas sufren una doble circunstancia de vulnerabilidad, por ser mujer (género) y estar embarazada (maternidad), lo que ha llevado a que requiera su situación una protección especial y de atención prioritaria.

Esa desigualdad, basada en el género y la maternidad, atenta contra los derechos humanos fundamentales, de tal forma que tanto las normas internacionales del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) como de la Comunidad Europea a través de las directivas, y la legislación nacional de los países empezando por la Constitución, imponen al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que toda mujer embarazada goce del derecho a ser tratada en el ámbito laboral, sin que se adopten contra ella sanciones y despidos derivados de su situación.

En el presente trabajo se va a analizar la legislación que opera activamente para que no exista tal discriminación, analizando de modo breve y descriptivo la doctrina y práctica del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el principio de igualdad y de no discriminación en las relaciones laborales. Se prestará especial atención a la evolución de la posición de estos

Tribunales en relación con el despido de la mujer embarazada cuando el empresario desconoce dicha circunstancia. Junto al estudio del derecho sustantivo, se aborda el proceso de tutela ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar (en adelante, LCF) modifica el apartado 5 del artículo 55 Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) otorgando la calificación nulidad a los despidos de las mujeres embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a). El objetivo de esta reforma no es otro que completar la trasposición a nuestro ordenamiento interno del artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE.

El precepto en cuestión parece ofrecer una doble línea de protección, por un lado, la nulidad por causa discriminatoria contemplada en el párrafo primero del art.55.5 ET que emplea la doctrina de la prueba indiciaria que veremos en los siguientes epígrafes. Y, por otro lado, la nulidad objetiva o nulidad reforzada art.55.5 b) al margen de que concurra un móvil discriminatorio.

A lo largo del presente trabajo veremos cómo se ha interpretado jurisprudencialmente el alcance del presente precepto ya que el legislador no fue preciso en su trasposición, y es por ello, que tanto la jurisprudencia de los tribunales ordinarios como la del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la doctrina del Tribunal Constitucional se han pronunciado sobre el alcance de la nulidad en los distintos supuestos de extinción de la relación laboral a los que se enfrenta la mujer trabajadora.

2.2 METODOLOGIA E INSTRUMENTOS EMPLEADOS

La realización del presente Trabajo Fin de Grado (TFG) se ha efectuado conforme a las normas establecidas en la guía docente facilitada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. La estructura, su contenido y referencias bibliográficas siguen las

directrices marcadas con el objetivo de dar respuesta a los objetivos planteados y adquirir las competencias generales y específicas que se recogen en la citada guía.

El Trabajo Fin de Grado se basa en la consulta bibliográfica, es decir, la consulta de diferentes obras especializadas en la materia, artículos, revistas, y recursos electrónicos. Todo lo que se recoge en él ha sido obtenido a través de estos recursos, los cuales se encuentran citados de acuerdo con las características formales que recoge el Anexo II de la guía docente de la asignatura.

2. CONTEXTO LEGAL: COMENTARIO SOBRE LA ESTRUCTURA EMPLEADA

El punto de partida pasa por examinar el marco normativo aplicable al problema de la “la tutela de del puesto de trabajo de las trabajadoras embarazadas”

Para ello, hay que hacer un recorrido primero interno:

- A la luz de la Constitución española como norma suprema en materia de derechos y libertades fundamentales, *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Se proclama así el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas al establecer *“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”* Lo anterior significa que el principio de igualdad se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir

en discriminaciones. La propia Constitución reitera una de sus manifestaciones -la prohibición de discriminación por razón de sexo- en su art. 35.1, incardinándola ya específicamente en el ámbito del contrato de trabajo, cuando establece *“1.Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”*

- Hay que continuar con el Estatuto de los Trabajadores como la norma que regula las relaciones laborales que surgen entre empleado y empleador de las que nacen obligaciones y derechos para ambas partes. La promulgación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) supuso la consolidación de la vertiente laboral de este derecho, al recoger expresamente que los trabajadores tienen derechos según arts. 4.2.c), *“A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”* y una vez empleados, según recoge el art. 17.1, *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo... el derecho de los trabajadores a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados..... a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”*

A continuación, conviene resaltar la importancia de las Directivas europeas en materia de igualdad entre hombres y mujeres para poder entrar en aquellas que se especializan en la protección del embarazo.

Y de manera generalizada, enmarcar todas las anteriores disposiciones legales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo que recoge la voluntad de todos los Estados miembros que abogan por la igualdad de oportunidades en materia laboral.

El punto de apoyo de este TFG serán los artículos 53.4 y 55 del Estatuto de los trabajadores a los que haré referencia en reiteradas ocasiones. Ambos redactados por el apartado trece del artículo 2 del R.D.-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación cuya vigencia es desde el 8 marzo 2019 a los que haré referencia en reiteradas ocasiones, y la Sentencias del T. S. y T. C.

Cuando se habla del comienzo de una relación laboral surgen derechos y deberes por el principio de ajenidad entre empresario y trabajador que surten sus efectos dentro del soporte legal en el que se construye un contrato.

Los indicios del principio de ajenidad que nos ponen ante una relación laboral, han sido, entre otros, a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo *“la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS 31-3-1997), la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS 15-4-1990 y 29-12-1999), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20-9-1995 (Rud. 1463/1994)), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”*¹

¹ (Iberley el valor de la confianza, 2014)

Es importante hacer referencia a este principio, pues igual que surge una relación laboral entre ambas partes, esta se puede terminar por diferentes causas, entre ellas objetivas.

Cogiendo de base legal el artículo 53.4 del Estatuto de los trabajadores, la decisión unilateral de extinción del contrato por parte del empresario será nula siempre y cuando, ésta se base en motivos de discriminación prohibidos en la ley o en una violación de los derechos fundamentales. Y por ello, apartado b), se declarará como nula aquella decisión que atente contra alguno de los permisos que se recogen en el mismo ET, de los que tienen derecho a disfrutar las trabajadoras embarazadas desde el comienzo hasta el periodo de suspensión del embarazo, siempre y cuando no se demuestre la procedencia de la decisión que lleva a extinguir el contrato en alguna causa ajena al propio embarazo. Esta última frase viene a corroborarse de manera similar en la norma procesal, en el artículo 122.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

A los efectos y formas del despido disciplinario viene a referirse el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; el despido podrá ser calificado procedente, improcedente o nulo, artículo 55.3.

Nos interesa el apartado 5 *“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.”*

Seguidamente, se recogen como nulos aquellos despidos fundamentados en cualquier razón que atente contra los derechos de la trabajadora embarazada dentro de su ámbito laboral desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad, artículo 55.5 párrafo segundo. b.

Y en el último párrafo se recoge algo similar a lo establecido para la nulidad objetiva; salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos ajenos a los del

embarazo, y lo mismo viene a decir la norma procesal, artículo 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

3.1 CONVENIOS INTERNACIONALES Y DIRECTIVAS

De la misma manera hay que hacer referencia a los distintos Convenios internacionales, así como a las Directivas de la Unión Europea en materia de igualdad, pues la normativa nacional se ve influido por el resto de Directivas europeas y Convenios internacionales.

Para dejar constancia de las Directivas europeas que más han profundizado en esta materia, en primer lugar, nos remitimos a la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por sexo, y a la Directiva 92/85/CEE, de 3 de junio, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad u salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que esté en período de lactancia; en último lugar por su importancia en la asunción de responsabilidades familiares compartida con los varones, hay que mencionar la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES junto con su posterior reforma DIRECTIVA 2010/18/UE DEL CONSEJO de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

El acuerdo marco que vienen a aplicar dichas Directivas se preocupa por establecer un ámbito legal mínimo en el que se redefinan las bases del permiso parental y por promover la igualdad de trato entre trabajadores de distinto sexo en base al punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que, además, habla

de las medidas cada vez más flexibles para que estos puedan compaginar su vida laboral y familiar.

“A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.”

Cabe resaltar que el Acuerdo marco que vienen a aplicar dichas Directivas, establece las pautas para definir el permiso parental, distinto del permiso de maternidad, pero sus disposiciones se aplicarán a trabajadores de ambos sexos.

“El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro.”

Entre todas, la Directiva que más impacto ha tenido en el ordenamiento interno, y consecuentemente, la más recurrida a lo largo de este Trabajo ha sido la Directiva 92/85/CEE que ofrece protección de manera más directa a la trabajadora frente al despido. Y es que, no es hasta la transposición de esta Directiva con la Ley 39/1999 cuando se empieza a establecer una regulación específica relativa a la tutela antidiscriminatoria de la mujer embarazada y diferenciada del resto de reglas generales a las que se remitían anteriormente sobre la discriminación por razón de sexo.²

El artículo 5 del Convenio n°158 de la OIT, sostiene algo similar; seconsiderará un despido no justificado aquel basado en motivos discriminatorios.

² Villalón, P. C. (1997). *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona, pg.260

La protección que se construye desde la OIT se empeña en salvaguardar la posición de la mujer embarazada dentro de la relación laboral frente a acciones discriminatorias e injustificadas que pongan fin a la misma. El bien jurídico se protege con la prohibición de despido por razón de embarazo.

La preocupación no es otra que la de intentar garantizar la estabilidad en el empleo a la mujer trabajadora y por ello, es el elemento común con el Convenio núm. 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (art.4); el Convenio núm.103 OIT relativo a la protección de la maternidad (art.6); la Recomendación núm. 95, sobre la protección de la maternidad (Epígrafe IV, Protección del Empleo); el Convenio nº156 de la OIT influido por declaraciones en materia de género e igualdad en las que ponen de manifiesto los Estados miembros su preocupación para poder garantizar la igualdad, tanto de oportunidades como de trato entre trabajadores de uno y otro sexo. Así,

“El convenio se crea considerando la importancia del reconocimiento de los derechos de todo ser humano a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, promover la efectiva igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y trabajadores, así como que las condiciones de empleo para personas con responsabilidades familiares son diferentes y especiales frente otros tipos de trabajadores.”³

En esta misma línea estarían la Declaración de la OIT, de 1975, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas que discriminan a la mujer.

Se trata de un reflejo de la necesidad de dar un paso más allá en materia de igualdad pues recoge un conjunto de normas aplicables para aquellos trabajadores que por sus responsabilidades familiares les cueste más compaginar su actividad profesional o laboral de

³ Convenio 156 OIT, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidad familiar.

manera que les impida iniciar o progresar en la misma. Y, además, no va dirigido solo a los trabajadores con hijos a su cargo sino también a aquellos que tengan una responsabilidad especial sobre cualquier miembro de su familia.

4. LEY ORGANICA DE IGUALDAD 3/2007 PARA HOMBRES Y MUJERES. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El hecho de poder reunir en un mismo epígrafe la Ley Orgánica 3/2007 con el principio de igualdad no es puro azar. Esta ley tuvo por objeto hacer efectivo el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, en particular mediante la eliminación de toda posible discriminación directa e indirecta. Fue una ley pionera para el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España.

Esta Ley incorporó al ordenamiento español dos Directivas en materia de igualdad de trato: la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.⁴

El año en el que se aprueba la ley, 2007, es declarado *el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos*. La norma, representa un avance legislativo para prevenir conductas discriminatorias con la aplicación de políticas activas que supongan hacer efectivo el principio de igualdad real y de oportunidades en colectivos marginados, como son las mujeres en el ámbito social y laboral en numerosas ocasiones.

⁴ Estado, J. d. (22 de marzo de 2007). Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Obtenido de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf>

Así, se pone de manifiesto que aún en pleno Siglo XXI son necesarias políticas que pongan fin a conductas discriminatorias por razón de sexo o por el embarazo de la mujer, discriminación directa tal y como define la LO 3/2007, de 22 de marzo, en su artículo 6 párrafo 1:

“Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.”⁵

La LO también habla de la discriminación indirecta en el párrafo 2 del artículo 6:

“Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.”⁶

Se trata de un criterio aparentemente neutro pero que produce un resultado discriminatorio pues afecta fundamentalmente a personas del mismo sexo.

El concepto de discriminación indirecta en un primer momento, no se encontraba en nuestro ordenamiento como sí sucedía en otros Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE). Es el TC quien lo introduce a partir de la Sentencia 145/1991, de 1 julio que distingue los dos tipos de discriminación, entendiendo la indirecta como aquella referida a tratamientos formalmente no discriminatorios de los que, sin embargo, derivan consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto que tienen sobre los trabajadores de

⁵ Discriminación directa: Tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras. Iberley el valor de la confianza. (2019). principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. Recuperado 13 mayo, 2019, de <https://www.iberley.es/temas/principio-igualdad-no-discriminacion-62779>

⁶ Discriminación indirecta: Consistente en un tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio que encubre una auténtica discriminación. Iberley el valor de la confianza. (2019). principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. Recuperado 13 mayo, 2019, de <https://www.iberley.es/temas/principio-igualdad-no-discriminacion-62779>

uno u otro sexo. Aquí el Juez tendrá que valorar si la diferencia de trato que aparentemente resulta razonable encubre una discriminación contraria al artículo 14 CE.

Además de estos dos preceptos legales, es importante tener en cuenta el principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 de la CE que constituye el núcleo central de la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico artículo 1.1 CE y que permite reconocer un derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁷.

Inicialmente, la jurisprudencia del TC entendía que la palabra “discriminación” en la redacción del artículo 14 no aportaba ninguna protección reforzada al significado igualdad, pero poco a poco se entiende que trata de proteger a grupos desfavorecidos apareciendo la paridad como medio y la igualdad efectiva como fin.⁸

La redacción del principio de igualdad en la CE es muy importante para la protección de la mujer embarazada pues permite diferenciar entre un principio de igualdad en sentido estricto y un principio de no discriminación.

La cláusula general de igualdad del artículo 14 prohíbe que para supuestos de hechos iguales se sigan consecuencias jurídicas desiguales. El principio de no discriminación enlaza directamente con el artículo 10.1 que reconoce al dignidad de las personas y que hace un llamamiento a los poderes públicos para que la protejan, de tal manera que la vulneración de este principio vuelve a suponer como mencionaba arriba un reforzamiento del principio de igualdad ya que el hecho de vulnerar a grupos marginados o en situaciones desventajosas

⁷ La negrita y subrayado es nuestro

⁸ En esta cuestión profundiza el artículo del Dr. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Igualdad y no discriminación en el empleo pgs.476-479.

ante la sociedad como pueden ser las mujeres embarazadas en el ámbito laboral supone también un ataque a los valores de dignidad humana que reconoce el artículo 10.1 CE.

Si vamos a tener en cuenta las dos manifestaciones del principio de igualdad que aparecen en el artículo 14; principio de igualdad y principio de no discriminación para el ámbito laboral, hay que tener en cuenta que las decisiones del empresario que supongan una diferencia de trato siempre y cuando estén dentro de sus poderes de organización no vulneran el principio de igualdad en tanto en cuanto esas diferencias en sus decisiones no escondan un trato discriminatorio. Y para ello, habrá que evaluarlas a la luz de la prueba de razonabilidad observando si la consecuencia de tomar una decisión organizativa que supone una diferencia de trato es proporcionada según la finalidad, necesidad y juicio de proporcionalidad de la misma decisión.

4.1 DISCRIMINACIÓN DIRECTA

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 6.1 de la LO 3/2007 y el principio de igualdad del artículo 14 CE, se considera discriminación directa por razón de sexo “el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo”⁹

A partir, de la STC 166/1988 se considera de manera inequívoca que cualquier situación que tenga directamente que ver con el sexo de la persona, como el estado de gravidez, entra dentro de la definición de discriminación directa por razón de sexo¹⁰.

En esa sentencia, se declara inconstitucional el despido de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. En muchas ocasiones, y como se verá a lo largo de esta investigación, las decisiones de rescisión de la relación laboral que toma el empresario

⁹ Sáez Lara, C., *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid (CES) 1994, p.56.

¹⁰ Esto es importante, pues hasta esa sentencia el motivo de discriminación por embarazo se situaba dentro de la cláusula abierta “otra condición o circunstancia personal” que establece el artículo 14 CE al final de su redacción, y no dentro de la discriminación directa “por razón de sexo”.

llevan ocultos motivos discriminatorios que suponen el despido de una trabajadora embarazada.

De ahí la importancia de esa sentencia a la hora de tratar el embarazo como un motivo de discriminación directa que puede afectar a cualquier trabajadora embarazada y en cualquier momento de la relación laboral¹¹. Lo mismo sucede en el ámbito comunitario, en el caso *Mahlburg*, asunto 207-1998, en el que se declara discriminación directa por razón de sexo el hecho de que se deniegue un contrato a una mujer por estar embarazada.

El TC establece que cualquier decisión empresarial que resulte lesiva de los derechos de los trabajadores basada en el embarazo de la mujer, bajas o permisos son situaciones ligadas a la maternidad que constituyen actos de discriminación directa por estar directamente relacionados con el sexo de la persona.¹²

Las discriminaciones por razón de sexo no se agotarían en aquellos actos perjudiciales para las mujeres y basadas en el sexo de la persona perjudicada, sino que comprenden también aquellas discriminaciones en las que concurren circunstancias que tengan que ver de manera directa e inequívoca con el sexo de la persona, tal y como sucede con el embarazo que por razones obvias incide directamente sobre las mujeres. Por tanto, los actos desfavorables que incidan en el embarazo constituirán una discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE.

El mismo criterio es utilizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) en numerosos pronunciamientos, a pesar de que la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción

¹¹ Guastavino, M.N (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, (73) p.181.

¹² Guastavino, M.N (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, (73) p.176

profesionales, y a las condiciones de trabajo, no considera de manera explícita el embarazo como una circunstancia que dé lugar a una discriminación por razón de sexo pero sí que establece la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo.

El TJCE ha venido entendiendo que el embarazo a pesar de no ser mencionado expresamente por la regulación comunitaria como circunstancia que desencadene en una discriminación por razón de sexo es un hecho que solo padece la mujer por lo que cualquier trato desfavorable ante esta circunstancia constituiría una discriminación por razón de sexo.¹³

A partir de esta norma comunitaria muchas otras mantuvieron el mismo principio de protección de la trabajadora embarazada. Así las decisiones empresariales relativas al acceso o mantenimiento de empleo que supongan la exclusión de una trabajadora por el hecho de estar embarazada quedan prohibidas en nuestro ordenamiento interno. Expresamente queda recogida la discriminación por razón de sexo en el art.14 CE, de modo específico para el ámbito laboral interno estaría el art.4.2 c del ET, según cuyo tenor hay derecho *“no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo,(...), dentro del Estado español”* y el art.17.1 ET *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (...) dentro del Estado español”*.

La discriminación por embarazo o maternidad quedaría recogida de manera expresa en el art.8 LO 3/2007 *“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”*.

¹³ Asunto Jiménez Melgar, C-438/99 (Tribunal Justicia de la Unión Europea 2001 de octubre de 2001). Asunto Mahlburg, 207/98 (TJCE 4 de octubre de 2001). Asunto Tele Danmark, 190/00 (TJCE 4 de octubre de 2001).

En el plano internacional estas disposiciones legislativas internas, se ven apoyados por el Convenio núm. 111 OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (art.2); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU, de 9 de diciembre 1979 (art. 11).

4.2 PRUEBA DE INDICIOS A LA LUZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Dicho lo anterior, es necesario explicar cómo nuestro TC llega a la conclusión de que en numerosos despidos se produce la vulneración de un derecho constitucional, artículo 14, y, consecuentemente, una discriminación directa por razón de sexo: *“precisamente solo con la técnica de la prueba de indicios, como canon específico elaborado para este tipo de supuestos, es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones encubiertas existentes”* (Guastavino, M.N. 2008 p.177).

La técnica de la prueba de indicios comienza en nuestro sistema constitucional gracias a la STC 38/1981¹⁴, y es a partir de aquí cuando el control de constitucionalidad se convierte en bifásico de la siguiente manera; por un lado, el demandante ha de demostrar un panorama suficientemente indiciario que levante la sospecha de que se ha producido un trato discriminatorio cuando ha sido despedido, y para ello, según jurisprudencia reiterada del TC¹⁵, no basta con que alegue simplemente la vulneración del derecho fundamental en juego, artículo 14, sino que deberá aportar elementos que de manera indiciaria demuestren conexión directa con el factor vulnerado o en riesgo, como puede ser el embarazo.

¹⁴ En esta sentencia, se produce el despido de un trabajador atentando contra la libertad sindical del mismo art.28.1 CE. Al ser el trabajador el que alega motivos discriminatorios por causa de su afiliación sindical, será el empresario el que deba probar que su decisión extintiva se debe a motivos ajenos a la afiliación sindical del trabajador.

https://books.google.pl/books?id=hi1MDwAAQBAJ&pg=PA167&lpg=PA167&dq=STC+38/1981&source=bl&ots=4qCWS_V5Xp&sig=ACfU3U06bGiZDthpnPTovNP_OeyXtG0H1Q&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewjwsv715riAhUDt4sKHRU3AeIQ6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=STC%2038%2F1981&f=false

¹⁵ SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre 20/2002, de 11 de febrero.

Elementos que realmente, supongan un indicio sospechoso que pueda derivar en una situación de discriminación directa, pues no basta con alegar datos objetivos, como que es una mujer o que está embarazada o que es sindicalista¹⁶.

Una vez que el TC considere que efectivamente, hay prueba indiciaria será el empresario quién deberá demostrar que su decisión es totalmente ajena y, por tanto, objetiva, a cualquier motivo discriminatorio, dando lugar así a una inversión de la carga de la prueba.

Si el empresario no consigue demostrar que su decisión extintiva se basa en motivos ajenos a una causa discriminatoria y objetivos propios de, por ejemplo, un despido disciplinario artículo 54 ET¹⁷, interviene el TC para proporcionar amparo al empleado, a la vista de un panorama suficientemente indiciario y una carga de la prueba que no ha podido destruir el empresario, estimando la vulneración del artículo 14 CE.

Una vez que el TC considera que los indicios que aporta el trabajador son suficientes, se procede a la inversión de la carga de la prueba para el empresario, y para entender esto, la doctrina constitucional habla de tres supuestos:

El primero, la falta de alegación por parte del empresario de una causa real y fundada que permita destruir el panorama indiciario que alega el demandante convierte los indicios en causas suficientemente fundadas para declarar la lesión del derecho fundamental garantizado en el artículo 14 CE.

¹⁶ Como en la STC 38/1981

¹⁷ *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

2. *Se considerarán incumplimientos contractuales:*

a) *Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*

b) *La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*

c) *Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*

d) *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*

e) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*

f) *La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*

g) *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*

El segundo, exige que el empresario demuestre que su decisión extintiva además de tener cobertura legal (como que sea un despido procedente) tiene entidad suficiente para que se descarte la discriminación alegada por el demandante.¹⁸

El tercero, a diferencia del anterior parte de que la decisión extintiva no tenga una cobertura legal suficiente (despido improcedente) lo que no implicaría que de manera automática se procediese a calificar ese despido como discriminatorio.

Por último, hay que tener en cuenta que todo este control que realiza el TC no puede exceder de sus funciones tal y como se recoge en el artículo 44.1 b) LOTC que le permite proporcionar amparo cuando se produzca una violación de un derecho fundamental debido a un acto u omisión del órgano judicial ordinario, pero en ningún caso puede entrar a conocer o valorar los hechos que se ventilaron en el proceso ordinario¹⁹.

5. DIFERENTES SITUACIONES A LAS QUE SE ENFRENTA LA MUJER EMBARAZADA EN CASOS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:

5.1 PRECEDENTES COMUNITARIOS

La no renovación y la extinción de las relaciones laborales de carácter temporal, así como la extinción durante el período de prueba se equiparan, a efectos de tutela antidiscriminatoria y a partir de la Ley 39/1999, con las decisiones que finalizan una relación laboral vigente. La jurisprudencia constitucional ya había sido clara con este tema, a diferencia de lo que ocurre con la comunitaria donde el TJCE se ha mostrado ambiguo a la hora de pronunciarse sobre la tutela de la trabajadora embarazada con contrato temporal.

¹⁸ “Estos indicios, decía la Sentencia, no habrían sido desvirtuados por la empresa, faltando una justificación objetiva, razonable y proporcionada sobre la decisión adoptada que sirviera para desvincular el acto extintivo del trato discriminatorio aducido por la actora” STC 17/2003

¹⁹ (Guastavino, La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI, 2008, págs. 195-196)

En el caso Malhburg (asunto 207-1998) así como en otros emblemáticos coinciden en la insistencia por parte del TJCE del dato de carácter indefinido de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas, víctimas de discriminación por el hecho objetivo de su estado. Se ha cuestionado si la tutela de la trabajadora embarazada frente a actos discriminatorios que tengan su origen en el embarazo se mantiene también cuando se trata de contratación temporal.

Las SSTJCE de 4 octubre 2001 de los Asuntos Jiménez Melgar C-438/99 y Tele Danmark C-109/00 vienen a solucionar, en parte, el desconcierto que supone la protección de la trabajadora embarazada frente acciones discriminatorias en un contrato temporal. Equipara las discriminaciones con aquellas que se ocasionen a una trabajadora con contrato por tiempo indefinido, pero de manera parcial y solo cuando la acción discriminatoria consista en despedir a la trabajadora por tiempo parcial, pues no sucede así en la no renovación contractual que no llega a beneficiarse de los efectos equiparables.

En el Asunto Tele Danmark la trabajadora oculta información sobre su estado de embarazo, es contratada por tiempo parcial (6 meses) estando prevista la fecha de parto en el quinto mes de contrato. Una vez que comienza la relación laboral la trabajadora informa sobre su estado siendo despedida al poco tiempo después por no haber comunicado su embarazo a la empresa en el momento que fue entrevistada.

Se eleva cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5.1 de la Directiva 76/207/CEE y 10 de la Directiva 92/85/CEE ante el Tribunal de Justicia preguntando si dichas disposiciones se oponen a que una trabajadora que esté embarazada sea despedida a pesar de que no advirtió de su estado en el momento de ser entrevistada, teniendo en cuenta que al ser un contrato temporal de 6 meses no podría trabajar durante una parte significativa del mismo.

Artículo 5 apartado 1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

La respuesta del TJCE fue favorable para la cuestión planteada en el sentido de que la tutela antidiscriminatoria frente a los despidos se extiende a todas las trabajadoras embarazadas independientemente de que el contrato sea temporal o indefinido ya que el dato de la duración del contrato pierde relevancia ante el carácter discriminatorio del despido. Además, ni el art.5 apartado 1 de la Directiva 76/207/CEE ni el art.10 Directiva 92/85/CEE establecen distinción respecto al alcance del principio de igualdad entre hombres y mujeres independientemente de si la duración de la relación contractual con el empresario es temporal o indefinida. Esto nos lleva a pensar que si los legisladores hubiesen querido excluir a las trabajadoras embarazadas con contrato temporal de la protección que ofrece la tutela antidiscriminatoria hubieran dejado constancia de ello de manera expresa.

A continuación, hablaremos del Asunto Jiménez Melgar muy parecido al anterior donde una trabajadora embarazada con contrato de duración determinada es víctima de una conducta discriminatoria por razón de embarazo, aunque no se produce en el momento de la extinción contractual como en el asunto anterior, sino en la no renovación del contrato. Se eleva cuestión prejudicial y el TJCE entiende que la prohibición de despido que ampara el art.10 de la Directiva 92/85/CEE se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los contratos por tiempo indefinido. Ahora bien, una vez que el contrato ha alcanzado su plazo de vencimiento de forma natural, no puede equipararse con un despido discriminatorio, de manera que aquella conducta discriminatoria no resultaría contraria al art.10 Directiva 92/85/CEE.

Este hecho resulta muy perjudicial para que la trabajadora pueda alegar una vulneración de sus derechos ya que no podría recurrir ante el art.10 de la Directiva

92/85/CEE sino a la Directiva 76/202/CEE que no obliga a los Estados miembros la previsión de sanciones frente a conductas empresariales discriminatorias, tutela antidiscriminatoria, sino a la adopción de medidas que permitan a los trabajadores hacer valer sus derechos judicialmente.²⁰

Esta línea doctrinal es la contraria a la seguida por el TC que en la Sentencia 173/1994, de 7 de junio resuelve un recurso de amparo a favor de la trabajadora embarazada cuyo contrato temporal no había sido renovado por motivo de su embarazo comparándolo con un despido discriminatorio. Para el TC resulta indiferente que la trabajadora tenga un contrato de trabajo por tiempo indefinido o temporal en tanto en cuanto el empresario decida terminar con la relación laboral por motivos discriminatorios, el despido será nulo por discriminatorio ya que el transcurso de esa relación laboral podría haber continuado a través de una prórroga o contratación sucesiva. La reparación del daño sería precisamente llevar a cabo esa prórroga en el contrato temporal que inicialmente se negó. Se hará en los términos fijados y a falta de ello, en comparativa con los términos de otros trabajadores que se hallen en la misma situación. Si no concurre ninguna de estas dos circunstancias la solución la darían las presunciones del art.49.1 c) que, salvo prueba en contrario del empresario, la prórroga deberá entenderse hasta esa duración máxima.

Ahora que sabemos que el TC sigue una línea más garantista en el caso de no renovación contractual de la trabajadora embarazada que el TJCE nos planteamos cuál de las dos líneas seguir. Y es que, a pesar de que en numerosas ocasiones el ordenamiento jurídico comunitario incida en el ordenamiento español, esta vez su aplicación preferente no es posible al suponer una disminución de la protección de un derecho a nivel interno. Por ello,

²⁰ Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2002). La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y TJCE. *Relaciones Laborales*, núm.8, 57.

en el caso de la tutela de la trabajadora embarazada frente a no renovaciones contractuales por su embarazo se sigue la línea del TC donde se equipara con el despido discriminatorio.²¹

5.2 ÁMBITO NACIONAL

Para hacer frente a este apartado sobre las diferentes situaciones de extinción de la relación laboral a las que se enfrenta la mujer trabajadora en el ámbito nacional lo primero que hay que saber es que el empresario de manera unilateral no puede extinguir la relación laboral salvo que exista una causa basada en la persona del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa.

Hablamos de despido disciplinario para aquella situación en la que el empresario de manera unilateral decide poner fin a la relación laboral debido a un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, tal y como se recoge en el art.54 LET.

Existe la posibilidad de que el juez revise si el empresario se ajustó a los límites que establece el ordenamiento jurídico para este despido, con la acción por despido que recogen los arts.103-113 LRJS. El despido entonces podrá calificarse como procedente, improcedente o nulo, art.55.3 ET.

Lo que realmente interesa para el estudio de este apartado es el art.55.5 que habla de la nulidad del despido disciplinario en el caso de que se vulneren derechos fundamentales. Para llegar a esta calificación hay que seguir el siguiente trámite: el trabajador con la demanda presentará los indicios que fundamenten una posible vulneración de derechos fundamentales y a partir de ahí con esa alegación de indicios, es el empresario el que tiene que romperlos. Si no consigue demostrar que existe incumplimiento grave y culpable del trabajador, se procederá a la clasificación de despido nulo.

²¹ Rubert Cardona, M. (2002). *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y Tutela Antidiscriminatoria*. ARANZADI.págs.112-119

La ley 39/1999 procurando cumplir con la normativa internacional y comunitaria; Convenios OIT N.º 156 y N.º 158 así como las Directivas 96/34 y 92/85 modifica los artículos 53.4 y 55.5 ET introduciendo un supuesto de protección privilegiada para las trabajadoras embarazadas en el apartado b) del punto 5, “*b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión*” con el fin de proteger una posible vulneración de los derechos a conciliar la vida laboral y familiar. Y consecuentemente, las normas procesales art.108.2 y 122.2 LRJS.

El efecto es la nulidad objetiva no teniendo que alegar la trabajadora indicios en la demanda, sino simplemente acreditar objetivamente que está embarazada. Y además la única opción que tiene el empresario para probar que el despido no es nulo, es demostrar no solo que tiene una justificación, un incumplimiento... sino que tiene que comprobar la procedencia de este.²²

Por otro lado, tenemos el despido objetivo regulado en el art.52 LET donde aparecen las diferentes situaciones que pueden llevar al empresario a extinguir la relación laboral, todas ellas, a diferencia de lo que sucede con el despido disciplinario, no se basan en la culpabilidad del trabajador.²³ En el ámbito procesal se regula dentro de los arts.120-123 LRJS.

A las formas y efectos del despido objetivo se refiere el art.53, concretamente en su punto 4.b aparece la nulidad para el caso de trabajadoras embarazadas de manera muy parecida a la prevista para los despidos disciplinarios, pues se trata de una decisión empresarial que se convierte en nula por mediar un móvil discriminatorio, art.14 CE.

²² Para alcanzar este camino a una “nulidad reforzada” la jurisprudencia ha sido bastante controvertida, ese será el objeto de análisis más adelante.

²³ Como el hecho de que el trabajador no consiga adaptarse a cambios técnicos que se hayan producido por exigencia del proceso formativo de la empresa art.52.b o incluso que el empresario despidiera al trabajador por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas de la propia empresa, art.52.c (misma causa que para el despido colectivo, pero con el límite de hasta 9 trabajadores).

Ahora bien, el empresario puede probar que la elección de despedir a una trabajadora embarazada dentro de la plantilla se debe a una causa totalmente ajena a la de su estado de gravidez, como puede ser un criterio de rendimiento que afecta a la competitividad y productividad del desarrollo normal de la empresa. La decisión del despido y la elección de la trabajadora siempre tienen que ser por una causa no relacionada con términos patológicos de la propia trabajadora, para poder hablar de despido objetivo y no de despido disciplinario.

Para llegar a la redacción actual de los artículos que acabamos de analizar dentro del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores tuvieron que pasar sucesivas reformas desde que se aprueba el inicial texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995.

En primer lugar, la LCF 39/1999 introduce las reformas del artículo 53.4 y 55.5 a causa de las Directivas y Convenios internacionales antes mencionados.

En segundo lugar, la LO 3/2007 en su Disposición adicional décimo primera establece las modificaciones oportunas para la LET; punto doce se modifica el apartado 4 del artículo 53 hablando de los correspondientes casos de nulidad de la decisión extintiva entre los que se encuentra el de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión. Punto catorce se modifica el apartado 5 del artículo 55 estableciendo también la nulidad de las decisiones extintivas que conlleven una violación de los derechos fundamentales, así como en aquellas decisiones en las que se encuentren las trabajadoras embarazadas desde el inicio hasta el periodo de suspensión del embarazo.

En tercer y último lugar, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, su artículo 2 asume la reforma de la LET aprobado por Real

Decreto Legislativo 2/2015, y plantea, resumidamente remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, lo que a nosotros nos interesa es el punto trece y catorce que modifican el apartado 4 del art.53 y las letras a) a c) del apartado 5 del artículo 55 respectivamente que llevan a la redacción actual de la LET acerca de la nulidad de las decisiones extintivas.

La trabajadora embarazada también puede encontrarse en la situación de un despido colectivo que aparece regulado en el art.51 LET. Este despido se caracteriza por un elemento cualitativo que se refiere a la causa que empuja la decisión empresarial, que es la misma que para el despido objetivo del art.52.c (causas económicas, organizativas, técnicas o de producción) y otro elemento cuantitativo, cuando la decisión supere ciertos umbrales numéricos recogidos en la propia ley.²⁴

El régimen por el que se regula el despido colectivo aparece recogido en el art.124 LJOS, concretamente en su apartado 13^a.a) 3^a se recoge el despido nulo, para aquellos casos en los que el empresario, por ejemplo, seleccione a una trabajadora embarazada y no justifique el porqué de su elección frente a otros trabajadores de la plantilla.

El mismo artículo lleva al tratamiento de la acción del trabajador a los arts.120-123 LRJS como para el despido objetivo en sede procesal. Dentro del art.124.11 se establece la opción de un despido no ajustado a Derecho cuando el empresario no acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

En virtud de lo expuesto en el art.122.2 letras c, d y e LJOS tienen derecho a la readmisión: las trabajadoras embarazadas, las que sean víctimas de violencia de género y las trabajadoras que tengan suspensión de la relación contractual o reducción de jornada por

²⁴ De castro mejuto, L. F, (2012). Los trabajadores temporales ante el despido colectivo. Régimen, supuestos y fraude. *Revista laboral*, vol. XXXIV núm.133, 350.

motivos de conciliación de la vida laboral y familiar, mientras que el resto de trabajadores no tienen derecho a la opción directa de la readmisión ya que el empresario puede optar para ellos por la extinción con la correspondiente indemnización.

Ahora bien, si el empresario se niega a readmitir voluntariamente a estas trabajadoras especialmente tuteladas tendrán que acudir a la acción individual del art.124.13ª, lo que llevaría a una doble acción que podría evitarse si desde el principio siguen la vía individual que llevaría a una readmisión directa de las mismas, salvo que el despido colectivo se declarase ajustado a Derecho.

Esto se debe a que la única opción de calificación del despido colectivo es la procedencia, o la nulidad para el caso de que no se haya seguido el periodo de consultas que tiene que aparecer comunicado de manera obligatoria en el escrito de inicio que abre el procedimiento del despido o para el caso en el que el empresario no haya cumplido con los criterios de preferencia a la hora de seleccionar a los trabajadores que van a ser despedidos.²⁵

5.3 EVOLUCION DE LA DOCTRINA ACERCA DE LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA ART.55.5 SIGNIFICADO. CARGA PROBATORIA. LEY 39/1999. JURISPRUDENCIA DEL TS Y TC.

La polémica STS 19 julio 2006 donde el TS analizaba el alcance del art.55.5 b) en la dicción dada por la *Ley 39/99 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. Ley, que traspone la *Directiva 92/85/CEE* y con la que el legislador

²⁵ Martín Valverde, A. (26ª ED.). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos y Sánchez, L. M. (2014). La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo. *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, 259-267.

español pretende proporcionar más protección, calificando el despido de las trabajadoras embarazadas como nulo.

En dicha sentencia la trabajadora embarazada anuncia su embarazo dos días después del despido, al constatarlo con una prueba de embarazo a pesar de que ya había algún indicio biológico.

Art. 55.5 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) (...)” Será nulo ese despido salvo que se demuestre procedente por motivos ajenos al propio embarazo.

Con la redacción de este precepto comienza la controversia, pues se admiten dos posibilidades interpretativas, una de ellas será analizada con el voto particular.

La primera de ellas entiende que la redacción del artículo 55.5 ET se refiere a un tipo especial dentro del despido discriminatorio por razón de sexo y que, por ello, necesita un móvil discriminatorio. *“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”*²⁶

En la presente STS el hecho de que la trabajadora alegue el mero desconocimiento de su estado de gestación por parte del empleador no es un móvil suficiente para hablar de despido nulo a causa de una conducta discriminatoria. Esta postura sería la defendida por la parte mayoritaria del TS apoyados en la redacción más “light” que ofrece la Directiva 92/85/CEE.

²⁶ Gobierno de España. (24 de 10 de 2015). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Pero el voto particular se apoya en la dicción del artículo 55.5 b) dada por la LCF 39/1999 que es más protectora, pues analiza, por un lado, la redacción del art.55.5 en su párrafo primero donde se habla de despidos discriminatorios.

Y, por otro lado, el apartado b) que habla de un tiempo legalmente predeterminado de protección de la mujer embarazada y no sometido a condición, donde la nulidad existe, aunque no se acrediten indicios de discriminación tales como el conocimiento por parte del empresario dando lugar a una calificación mecánica de nulidad, nulidad objetiva derivada del embarazo otorgando así el legislador un plus de protección al establecido por la Directiva 92/85/CEE.²⁷

Leyéndolo conjuntamente, se calificaría de manera automática como un despido nulo objetivo por razón de embarazo, sin necesidad de acreditar indicios de discriminación tales como el conocimiento del empresario del estado de gestación, pues en dicha sentencia el desconocimiento era claro además de ser una prueba difícil que podría atentar contra la dignidad de la mujer que no tiene porqué anunciar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo; de ahí que el legislador español haya querido recalcar que sea irrelevante el móvil del empresario en su decisión de despedir, que puede obedecer o no a causas discriminatorias cuando la mujer está embarazada.²⁸

Con todo ello, el Tribunal Supremo asienta una doctrina acerca del despido de las trabajadoras embarazadas como un despido subtipo del nulo por lesión de los derechos fundamentales en la STS 19 de Julio de 2006, esta doctrina será reconstruida por el Tribunal

²⁷ Guastavino, M. N. (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 200.

²⁸ STS, 19 de Julio de 2006, 387/2005 (Tribunal Supremo).

Constitucional en su STC 19/2008 que confirma la nulidad automática del despido de la trabajadora embarazada sin la necesidad de que se acredite indicio de discriminación alguno.

Para el presente caso es importante saber que es el artículo séptimo y octavo de la Ley 39/1999 los que dan una nueva redacción al apartado 4 del artículo 53 y al apartado 5 del artículo 55 así como a la LPL en su artículo 108.2

Esta doctrina se debe al planteamiento de los RCUUD 1425/2005 y 387/2005 acerca de la interpretación del artículo 55.5 b) ET en el caso del despido de la mujer embarazada que dieron lugar a las SSTS 19 de julio de 2006 cuya resolución y líneas de argumentación fueron similares.

Ambas trataron de resolver si la declaración de nulidad del despido dependía del necesario conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la mujer trabajadora que, daría lugar a la consideración de despido discriminatorio siendo necesaria la existencia de indicios discriminatorios en la decisión extintiva del empleador.²⁹

Fundamento de derecho TERCERO RCUUD 1425/2005: *“La sentencia recurrida ha condenado a la empresa calificando el despido de nulo por el mero hecho de que la trabajadora despedida estaba embarazada, y sin que el empresario conociera tal circunstancia”*³⁰

Respecto a dicho fundamento se aporta en comparación la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 17 de febrero de 2004 donde se llega a una conclusión contraria, entendiendo que no se puede hablar de despido nulo discriminatorio si el empresario no conoce el estado de gravidez de la trabajadora.

²⁹ Si no conoce el empresario el estado de gestación de la trabajadora embarazada no puede hablarse de móvil discriminatorio alguno.

³⁰ Judicial, C. G. (19 de julio de 2006). *CENDOJ: centro de documentación judicial*. Obtenido de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Al existir contradicción se procede a entrar en el fondo del asunto, y el TS considera necesario el conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la trabajadora embarazada apoyándose en las siguientes razones.

El TS parte de la base que la Ley 39/1999 trata el supuesto de nulidad como uno particular del despido discriminatorio por lesión de derechos fundamentales en el que el derecho fundamental protegido es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o cargas familiares, artículo 14 CE. Esta ley en el Capítulo I habla de las modificaciones que han de realizarse en el ET relativas a la extinción del contrato de trabajo, para ello la nueva redacción del artículo 55.5 declara nula la decisión extintiva del empresario motivada, entre otros, por el embarazo de la trabajadora.

La concepción del despido nulo de la trabajadora embarazada como un supuesto especial del despido discriminatorio conlleva a la concepción del art.55.5 como una norma dedicada al despido nulo por lesión de derechos fundamentales, donde el párrafo primero contiene la regla general y los apartados a) y b) especifican la regla general en supuestos de despidos discriminatorios en los que se establece un sistema de prueba de la discriminación que resulta especialmente favorable para la trabajadora embarazada.

Entre otras razones, el conocimiento del estado de gestación de la trabajadora embarazada por parte del empresario se debe al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) cuyo ingrediente principal es la certeza que se sacrifica más allá de lo razonable en la vida jurídica en tanto que la calificación de nulidad del despido dependería del estado de gestación de la mujer, muchas veces imposible de conocer.

En tercer lugar, la doctrina constitucional se ha pronunciado sobre el despido discriminatorio por razón de embarazo a la luz del artículo 14 CE donde el conocimiento

empresarial del estado de gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria³¹, en la misma línea que el TS para esta sentencia.

Por último, el TS trae a colación la influencia comunitaria a través de la Directiva 92/85 que protege a la trabajadora embarazada en caso de despido desde la no discriminación por razón de sexo, lo que implica tal y como ha interpretado el TC la existencia del móvil discriminatorio. Además, su artículo 2 indica que se entenderá por trabajadora embarazada aquella que comunique su estado al empresario. Si no comunica su estado no queda protegida. Este último argumento resulta algo débil si tenemos en cuenta que el legislador nacional siempre puede mejorar los mínimos de protección establecidos en la norma comunitaria.

Con todos estos antecedentes no es de extrañar que el TS argumente que el art.55.5 ET contiene la nulidad del despido ligada a la lesión de derechos fundamentales dentro del despido discriminatorio. A pesar de ello, el TS no desmerece la eficacia protectora del art.55.5 b) ET que probado que el empresario conocía el estado de la trabajadora embarazada la ofrece a ésta una ventaja procesal favorecedora en defensa de su puesto de trabajo.

A pesar de todas estas razones, en la Sentencia hubo un importante voto particular que estudió el alcance interpretativo de la norma del art.55.5 entendiéndolo que la literalidad del precepto aboga por la aplicación automática de la nulidad sin necesidad de la existencia de conocimiento empresarial para aquellos despidos que recoge el apartado b) entre los que se encuentra el despido de la trabajadora embarazada.

De este modo, los siete magistrados que firmaron el voto particular entendieron que la nulidad del despido de la trabajadora embarazada que recoge la norma se trata de un tipo de despido por sí mismo, y no de un despido subtipo del discriminatorio. A esta conclusión

³¹ STC 41/2002, de 25 de febrero, y STC 17/2003, de 23 de enero

llegaron con una interpretación contraria a los argumentos que había utilizado la sentencia acerca de los antecedentes comunitarios de la Directiva 92/85 ya que ésta habla del embarazo de la mujer desde el punto de vista de seguridad y salud en el trabajo lo que llevaba a definir, como ya se ha expresado anteriormente, a la mujer embarazada como aquella que hubiese comunicado su estado al empresario. En cambio, los siete magistrados que firman el voto particular entienden que el legislador ha querido proteger el derecho a la intimidad (artículo 18 CE) de la trabajadora embarazada por lo que en el art.55.5 b) ET no se habla de la necesidad del conocimiento empresarial para calificar el despido como nulo, siendo irrelevante el móvil del empresario dando lugar a la tesis de la nulidad objetiva que pretende proporcionar una tutela mayor a las trabajadoras embarazadas eximiéndolas de proporcionar indicios de discriminación.

En esta línea de evolución doctrinal es necesario mencionar la STS 24 de julio de 2007 que se apoyó de manera similar en los argumentos utilizados por el Alto Tribunal para la sentencia que acabamos de analizar.

La Sala de lo Social del TS fundamenta su decisión en la defensa del principio de seguridad jurídica³² calificando la nulidad de derechos fundamentales del despido como un despido discriminatorio por razón de sexo donde el móvil discriminatorio se presume legalmente “iuris et de iure” solo si el empresario conoce el estado de gestación de la trabajadora embarazada ya que toda presunción necesita de la existencia de un hecho indiciario en cuyo caso es el conocimiento. Al igual que en otros pronunciamientos se remite al marco comunitario Directiva 92/85/CEE que define a la mujer embarazada como aquella

³² Artículo 9.3 de la Constitución interpretado en palabras del TS en su quinto fundamento de derecho: “El principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza (...) del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada”. (STS, 19 de Julio de 2006)

que comunica su estado de gestación al empresario de lo que podrá resultar aplicable la nulidad del despido.

Por último, hace una remisión a la jurisprudencia constitucional como sucedía en el fallo anterior (STC 41/2002) y (STC 17/2003) las cuales enjuiciaron el derecho a la no discriminación a la luz del art.14 de la CE (principio de igualdad) por razón de embarazo. Son pronunciamientos que, según el TS, determinan que el conocimiento por parte del empresario es el requisito constitutivo del despido discriminatorio.

A pesar de haber analizado el alcance interpretativo del art.55.5 b) a través de la STS 19 de julio de 2006 y la STS de 24 de julio de 2007 donde parecen coincidir ambas en que es necesario el conocimiento por parte del empresario en el momento del cese del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada para poder hablar de nulidad en el despido, no hay que dar por zanjada esta cuestión interpretativa, más aún si tenemos en cuenta el puesto que la jurisprudencia unificada ocupa en nuestro sistema de fuentes y sin olvidar el voto particular de la primera sentencia que apostaba por la tesis contraria, y que a mi parecer no va desencaminado a la hora de prescindir del conocimiento del empresario para poder calificar un despido como nulo, ya que podría entrometerse en la intimidad de la trabajadora embarazada y hacer depender la nulidad de que el empresario alegase el conocimiento o desconocimiento del estado de gestación cuando la finalidad de la norma ha de ser interpretada conforme a las necesidades que se plantean en el siglo XXI donde se corre el riesgo de que la mujer resulte perjudicada por el hecho de quedarse embarazada.³³

5.4 NULIDAD OBJETIVA: COMENTARIO STC 92/2008 DE 21 DE JULIO

Esta sentencia es muy importante en la construcción doctrinal que en nuestro país han ido realizando los Tribunales para proteger a la mujer trabajadora frente a las realidades

³³ Copé, M. L. (2008). Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción "iuris et de iure" del móvil discriminatorio ¿En todo caso? *Temas laborales núm.96*, 229-239.

que van dificultando su pleno desarrollo en el mundo laboral. Es en esta sentencia cuando la doctrina avala la tesis de la nulidad objetiva la cual desempeña un papel fundamental en tanto que opera en cualquier situación de embarazo existan o no indicios de tratamiento discriminatorio y al margen de cualquier móvil de discriminación.

La trabajadora fue despedida en 2004 por causas organizativas, se encontraba embarazada de unos 4 meses en ese momento y además su puesto de trabajo fue inmediatamente cubierto después. De manera simultánea la parte empresarial reconoció la improcedencia de este y la ofreció la indemnización correspondiente. Ante esta situación la trabajadora embarazada interpuso recurso de reclamación pidiendo la nulidad por tratarse de un despido discriminatorio, la SJS núm.1 de Badajoz 2004 rechazó la nulidad y confirmó la improcedencia al no demostrar que la empresa conocía el estado de la mujer trabajadora. La improcedencia del despido fue ratificada por la STSJ Sala de lo Social Extremadura 2005. Finalmente, interpuso recurso de casación para unificación de la doctrina que fue desestimado al no existir contradicción entre ambas sentencias, STS de 2006.

En contra de estas tres resoluciones la trabajadora embarazada interpone recurso de amparo ante el TC alegando la vulneración de dos derechos, la no discriminación por razón de sexo art.14 CE y la tutela judicial efectiva art.24.1 CE por considerar que no se ha interpretado la norma de tal manera que no exija el conocimiento empresarial del embarazo para declarar la nulidad del despido, y más aún cuando el despido ha sido declarado improcedente. Finalmente, se admite a trámite la demanda de amparo por providencia de 12 de septiembre de 2007.

El TC va a iniciar una nueva doctrina que le va a permitir analizar el alcance del derecho a la no discriminación e igualdad que han realizado los tribunales ordinarios a la luz del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y por ello, no será necesario que rompa

con la anterior doctrina, analizada en alguna sentencia a lo largo de este trabajo, que implicaba la necesidad del conocimiento empresarial del estado de gravidez de la trabajadora.

Esta sentencia resulta de vital importancia en el tema de este trabajo pues permite analizar la cuestión sin romper con la doctrina anterior del TC sobre el conocimiento empresarial del embarazo e iniciar una nueva analizando la interpretación que los tribunales ordinarios han hecho del art.55.5 b) en base al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.

En primer lugar, hace un análisis de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en base a la doctrina del conocimiento del embarazo por parte del empresario. Para ello, vuelve a la prueba de indicios de la que fue pionera la STC 38/1981³⁴ donde una vez presentados una serie de indicios razonables y suficientes que vulneren un derecho fundamental, corresponderá al empresario acreditar que su decisión extintiva se debe a motivos razonables y ajenos a cualquier propósito discriminatorio que atente contra el derecho protegido.

El TC cuando se ha pronunciado en asuntos relativos a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo ha achacado el panorama indiciario al hecho de que el empresario tuviera conocimiento del estado de gestación de la trabajadora embarazada, para así poder hablar de una lesión del derecho fundamental. Así es como sucedía en las SSTC 41/2002 y 17/2003 en las cuales no era suficiente que la trabajadora estuviese embarazada en el momento del despido para construir el panorama indiciario si se prueba que el empresario desconocía tal estado de gestación porque no existiría acto de discriminación alguno que pudiera dar lugar a un despido discriminatorio.

³⁴ Prueba de indicios a la luz del TC “un control bifásico”

- STC 41/2002: Aquí se consiguió demostrar en los hechos probados que la empresa desconocía la situación de embarazo de la trabajadora embarazada por lo que resultaría difícil achacar una vulneración del derecho fundamental a la decisión extintiva del empresario más si éste no conocía dicha situación.
- STC 17/2003: En esta sentencia tampoco se consiguió demostrar en los hechos probados el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo. A pesar de ello, el TC consideró que no era motivo suficiente como para rechazar la existencia de un panorama indiciario lesivo de derechos fundamentales ya que la situación de la trabajadora era conocida por los compañeros de trabajo y el despido se produjo en un momento muy próximo al conocimiento de dicha situación.³⁵

Es importante mencionar estas dos sentencias ya que demuestran que la doctrina anterior a la STC 92/2008 objeto de análisis había consolidado ya la necesidad del conocimiento empresarial para poder hablar de un panorama indiciario lesivo del derecho fundamental a la no discriminación. Aquí el TC considera que no existe conocimiento ni otros datos indiciarios de los que pueda deducirse la posible lesión pues los únicos datos demostrados son los relativos a la falta de causa legal del despido y que la trabajadora estaba embarazada a fecha de despido. Estos datos resultarían insuficientes a la hora de considerar la existencia de un despido basado en el embarazo.

Con este análisis podemos observar que la doctrina constitucional relativa a la lesión del derecho a la no discriminación queda ligada al conocimiento empresarial del estado de gestación de la trabajadora. Aunque si en los hechos probados no consta ni el conocimiento, ni el desconocimiento, no podría rechazarse de primeras la vulneración de un derecho constitucional y se podrían aportar otros hechos para entrar a valorar la existencia de un

³⁵ Guerrero, F. E. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. *Extinción del contrato de trabajo. Temas Laborales*, 239-248.

panorama indiciario, como el conocimiento por parte de otros miembros de la empresa: STC 17/2003. El conocimiento empresarial no es por sí solo suficiente para hablar de un despido discriminatorio por lo que se puede completar el panorama indiciario añadiendo otros indicios de vulneración del derecho fundamental, lo que impediría dañar el derecho a la intimidad de la trabajadora pues no tendría ésta que comunicar su estado al empresario.

Como decía al principio del epígrafe, esta sentencia permite al TC entrar a valorar el contenido del art.55.5 b) a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art.24 CE, alegación de la demandante claramente diferenciada de la lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo aunque el conjunto del recurso de amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva solicitada por la recurrente, y derivadamente el derecho a la no discriminación por razón de sexo darían lugar a un canon reforzado de constitucionalidad.

De esta manera el TC aborda la cuestión de motivación en las sentencias impugnadas destacando la falta de argumentación o “parquedad en el razonamiento” que emplearon para desestimar la pretensión formulada por la actora. En la SJS núm.1 de Badajoz 2004 se fundamentó el fallo en el hecho de que no había quedado acreditado el conocimiento del embarazo al no constar fecha de este.

Respecto a la STSJ Sala de lo Social Extremadura su argumentación no fue del todo correcta al basar el fallo en uno anterior del TS donde se consideraba a la mujer embarazada como aquella que comunicaba su estado al empresario tal y como define la Directiva 92/85/CEE lo que resultaría escaso más si tenemos en cuenta que la transposición de ésta dio lugar a la modificación interpretativa del art.55.5 b).

El TC declara la nulidad de ambas sentencias por suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Los argumentos utilizados siguieron la línea doctrinal del

voto particular STS de 19 de julio de 2006 a la hora de configurar una suerte de nulidad objetiva.

- El TC siguiendo el tenor literal que la reforma de la Ley 39/1999 añade al panorama legislativo anterior el cual ya suponía el conocimiento por parte del empresario del estado del embarazo de la mujer un nuevo supuesto que, sin contemplar requisito alguno de comunicación ni de conocimiento previo del hecho específico del embarazo llevaría a contemplar la nulidad. Por ello, tanto la interpretación literal de las palabras como una interpretación contextual del precepto conducen a entender el artículo 55.5 b) como una nulidad objetiva distinta del párrafo primero que habla de una nulidad discriminatoria para la que sería necesario un panorama indiciario o un móvil discriminatorio.
- Ya sabemos que la Directiva 92/85/CEE por alusión en otras páginas del trabajo, es una norma sobre disposiciones mínimas para proteger la salud y seguridad de las trabajadoras embarazadas, así la Ley 39/1999 en su Exposición de Motivos deja claro que la transposición superará los niveles mínimos de protección de la Directiva. Entendemos que la finalidad última de la norma sea luchar contra los despidos discriminatorios por razón de embarazo diseñando el propio TC un modelo avanzado de tutela antidiscriminatoria.
- En último lugar, el TC trata de justificar la opción legislativa integrada por la reforma de la Ley 39/1999 que supondría un mecanismo reforzado para la tutela de las trabajadoras embarazadas que las exime de probar el móvil discriminatorio y de poner en conocimiento del empresario el hecho del embarazo que podría atentar contra su derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18 CE).

Con estos argumentos el TC quiere dar a entender que el derecho a la no discriminación por razón de embarazo no requiere un sistema de tutela como el establecido

en la Ley 39/1999 sino que, existen otros mecanismos que protegen el derecho recogido en el art.14 CE pero que una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto de este derecho, ningún otro órgano judicial ha de hacer una interpretación restrictiva respecto a las garantías establecidas por el legislador. De tal manera que solo resultará compatible con la CE una interpretación judicial que respete el bien jurídico protegido por el art.55.5 b) que es algo más que el derecho a la no discriminación por razón de sexo como la protección de la situación de embarazo de la mujer trabajadora.³⁶

Como consideraciones finales hay que tener en cuenta algún que otro inconveniente, como que el punto de vista desde el que se ha analizado la sentencia a la luz de la tutela judicial efectiva del art.24.1 CE podría suponer una intromisión en la manera que tienen los órganos judiciales ordinarios de interpretar la legalidad ordinaria. A su vez, el hecho de tratar la cuestión desde la tutela judicial efectiva hace que no se trate de manera directa como la no discriminación por razón de sexo sino como una posible vulneración de la tutela judicial efectiva de la que derivaría el derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

Hay que resaltar que la manera en la que el TC ha planteado la cuestión no merece la conclusión a la que ha llegado en el fallo, donde la legislación española del art.55.5 b) se presume mucho más garantista para las trabajadoras embarazadas que la exigencia que recoge la Directiva 92/85/CE de la comunicación del embarazo para considerar a la trabajadora como embarazada.

Además, permite diferenciar lo dispuesto en el art.55.5 párrafo 1º del apartado b) como un mecanismo de garantía reforzada que resulta especialmente útil desde la perspectiva de protección del artículo 18 CE al liberar a la trabajadora de la obligación de declaración

³⁶ Barreto, D. M. (2008). La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada. *Relaciones Laborales N.º. 22/2008*, 1-8.

previa de su situación, sustituyéndolo por la prueba en caso de que sea despedida del hecho físico que supone el embarazo en sí, siempre y cuando entendamos que la teoría de la nulidad objetiva se desencadena si el embarazo existía en un momento anterior a que el despido se haga efectivo y que la trabajadora sea consciente de su estado antes de que prescriba el plazo para presentar la correspondiente demanda de despido.

En esta situación solo le quedaría al empresario demostrar que es un despido procedente, causas objetivas o disciplinarias, o en su defecto la nulidad con la obligación de readmitir a la trabajadora embarazada y los correspondientes salarios de tramitación.

Para finalizar este epígrafe dejar de manifiesto que la garantía reforzada que supone la nulidad objetiva podría incidir de manera negativa sobre las mujeres a la hora de prosperar en su puesto de trabajo, aunque ese peligro se ve superado por el paso cualitativo que supone esta doctrina en la protección antidiscriminatoria de la mujer trabajadora, de la misma manera que se ajusta al cumplimiento de otros fines constitucionales como son la conciliación de la vida familiar con la laboral.³⁷³⁸

³⁷ Guerrero, F. E. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. *Extinción del contrato de trabajo. Temas Laborales*, 239-248.

³⁸Sentencia; 92/2008 (Tribunal Constitucional 21 de julio de 2008).

6. SITUACIONES CONFLICTIVAS EN LA ACTUALIDAD A LAS QUE SE ENFRENTA LA TRABAJADORA EMBARAZADA

6.1 EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

El periodo de prueba recogido en el artículo 14 ET no puede ir más allá de la comprobación de las cualidades profesionales del trabajador y la adecuación al puesto de trabajo asignado, de manera que la decisión empresarial de rescindir el contrato solo será legítima cuando se refiera a la valoración negativa por parte empresarial de la actuación realizada por el trabajador durante el tiempo necesario para un adecuado cumplimiento.³⁹

Artículo 14. Periodo de prueba.

1. Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

³⁹ García Perote Escartín, I. y Tudela Cambronero, G. (1985). *Extinción del contrato por el empleador durante el periodo de prueba y no discriminación. Relaciones Laborales, núm 3*, 497.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.

3. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa.

Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

Los apartados dos y tres fueron modificados por el artículo 2 número 5 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la educación.

Para ver más clara la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba haremos referencia a la STC 173/2013, de 10 de octubre, donde una trabajadora es contratada como comercial con un periodo de prueba de 2 meses. Veinte días antes de que

acabe su contrato la empresa comunica a la trabajadora la extinción de el mismo por no haber alcanzado los objetivos de ventas necesarios para superar el período de prueba que figuraba en el contrato. En la misma fecha, la empresa por idéntica causa comunica la extinción del contrato a otro trabajador varón.

Frente a esta situación, la trabajadora interpone demanda solicitando la nulidad de la extinción contractual. La SJS Madrid 2009 desestima la demanda al no quedar acreditado que la empresa conocía la situación de embarazo, mientras que lo único que queda acreditado es que otro trabajador varón fue despedido por las mismas causas objetivas. Interpone recurso de suplicación en Madrid y éste es igualmente desestimado por la misma razón que en la sentencia de instancia. Debido a un supuesto idéntico en el que la STSJ Castilla la Mancha 8 abril 2009 resuelve en sentido contrario al TSJ de Madrid se unifica doctrina y en la STS 18 abril 2011 el TS considera que la nulidad objetiva de los despidos del art.55.5 b) ET no es aplicable al desistimiento durante el período de prueba, por tanto, la decisión será nula cuando se produzca con lesión de derechos fundamentales, cosa que no sucede sobre la trabajadora del presente caso.⁴⁰

Finalmente, plantea recurso de amparo ante el TC alegando la vulneración de la tutela judicial efectiva del art.24 CE y la no discriminación por razón de sexo del art.14 CE. El TC se apoya en la doctrina analizada en el epígrafe anterior (STC 92/2008) y se plantea si puede extenderse al supuesto enjuiciado.⁴¹

Considera que esta opción no es posible dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato de trabajo en el periodo de prueba. Las diferencias entre ambas son sustanciales pues en el periodo de prueba el principio de la

⁴⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11684 (Pleno. Sentencia 173/2013)

⁴¹ Recordamos que se trataba de una nulidad automática que opera sin la necesidad de que el empresario conozca el estado de gestación de la trabajadora, siempre que no se demuestre la procedencia del mismo. Es un supuesto de garantía de tutela reforzada para las trabajadoras embarazadas.

prohibición de libre extinción del contrato se ve claramente atenuado. Esto no significa que no haya límites a la hora de que el empresario despida a una trabajadora dentro del periodo de prueba ya que en ningún caso se podrá llegar a fines inconstitucionales. Por tanto, no se aplica la nulidad objetiva del art.55.5 b) sino la tutela antidiscriminatoria.

Una vez entendido que la doctrina constitucional contenida en la STC 92/2008 no puede extenderse al caso concreto habrá que analizar si existe algún móvil discriminatorio en la actuación empresarial que permita hablar de despido discriminatorio.

En los hechos probados consta el desconocimiento empresarial del estado de gravidez de la trabajadora embarazada al no haber comunicado su estado al empresario; además, queda demostrado que el motivo de extinción se debía a que la trabajadora no había alcanzado las cifras de venta comerciales requeridas.

Junto con estos indicios el TC considera que la decisión empresarial fue plenamente objetiva y ajena a cualquier lesión de derechos fundamentales pues en el mismo día la empresa despidió a un varón que se encontraba también dentro del periodo de prueba.

Hay que tener cautela respecto a este último indicio y así lo expone el primer voto particular de la sentencia ya que podría abrir la veda a que en un futuro el empresario lograra cubrir una extinción discriminatoria con el mero hecho de despedir a otro trabajador que se encontrara dentro del periodo de prueba, aunque en el caso concreto la decisión extintiva del contrato en el periodo de prueba no se fundamenta solo con este indicio, sino que existen otras pruebas e indicios que hacen decaer el móvil discriminatorio, en especial el dato objetivo acreditado por el empresario de no haber conseguido la trabajadora llegar a las cifras de venta requeridas.

El segundo voto particular constituye oposición manifiesta sobre el fondo del asunto resuelto por el Pleno del TC. Considera que no se ha hecho una correcta interpretación de las garantías que se derivan del artículo 14 CE para las trabajadoras embarazadas.

Explica que la nulidad automática del despido de la trabajadora embarazada contenida en el art.55.5 b) ET es un imperativo del art.14 CE; en este sentido critica que se asigne menor protección a la trabajadora en el periodo de prueba siendo una situación que supone mayor precariedad laboral, y argumenta que pueden existir lesiones objetivas contra derechos fundamentales, aunque no haya un ánimo de discriminar. La solución de este voto particular sería declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, así como la reincorporación de la trabajadora embarazada.⁴²

En definitiva, en el año 2019 por el Real Decreto Ley se recoge la idea que manifestaba el voto particular; al establecer expresamente la nulidad de la rescisión del contrato durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada salvo que la empresa pueda acreditar que los motivos no tienen nada que ver con el embarazo.

6.2 STJUE “PORRAS GUIADO” EN BASE AL ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 92/85/CEE DEL CONSEJO RELATIVA A LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PARA PROMOVER LA MEJORA DE LA SEGURIDAD Y DE LA SALUD EN EL TRABAJO DE LA MUJER EMBARAZADA.

El supuesto que resuelve la STJUE Porras Guisado 2018 se refiere a un despido colectivo en el seno de la empresa Bankia donde una de las trabajadoras que va a ser despedida está embarazada, la Sra. Porras Guisado.

⁴² Visconti, E. E. (2014). *Extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba*. *Rev. bolín. de derecho* N.º 18, 480-489.

La trabajadora recibe una carta de la empresa con la notificación del despido donde no se explica de manera explícita los criterios que había adoptado la empresa para que ella fuese seleccionada en el proceso. Ante esta situación, la trabajadora demanda a la empresa en el Juzgado de lo Social quien desestima su demanda, lo que le lleva a plantear recurso ante el TSJ de Cataluña quien planteará cuestión prejudicial ante el TJUE.

El TSJ declarará la procedencia del despido de la trabajadora embarazada, pero gracias a la elevación de la cuestión prejudicial se resolverá la interpretación del art.10.1 de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, de 1992 en nuestro ordenamiento interno, y ahí es dónde centraré el análisis de este epígrafe.

El art.10 de la Directiva se refiere a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas que define como tal su art.2, a) *“trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”*

Antes de todo, hay que analizar las cinco cuestiones prejudiciales que el TSJ planteó al TJUE en torno a la conformidad de la legislación española respecto a la interpretación del art.10.1 y punto 2 de la Directiva 92/85:

El TSJ pedía al TJUE que indicase si las causas excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora podían ser equivalentes a las causas que justifican el despido colectivo. Se trataba de saber si se cumplía con el art.10.1 de la Directiva 92/85, y en el fallo el TJUE estableció que las causas económicas, organizativas, técnicas o productivas que establece el art.51 ET⁴³ eran causa suficiente para justificar el despido colectivo y cumplir con el art.10 de la Directiva 92/85.⁴⁴

⁴³ Que traspone los motivos que no tienen que ver con la persona del trabajador de la Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en los despidos colectivos.

⁴⁴ Se trataba de observar si las causas del despido colectivo previstas en el art.51 ET “no inherentes a la persona de los trabajadores” (que traen causa de la Directiva 98/59) eran suficientes para justificar el despido de una trabajadora embarazada por causas que no tuviesen que ver con su persona tal y como establece la Directiva 92/85.

Esta pregunta junto con la pregunta 4 van encaminadas a pedir al TJUE que se pronuncie acerca de la obligatoriedad de instrumentos menos gravosos para despedir a la trabajadora embarazada, en concreto, la pregunta 2 se refiere a si el ordenamiento español tiene que agotar otros instrumentos antes del despido como puede ser la recolocación de la trabajadora embarazada. En la pregunta 4 preguntaba si la legislación española era conforme al art.10.1 de la Directiva a pesar de no establecer prioridad de permanencia de la trabajadora embarazada de manera explícita.

Ante estas dos preguntas, el TJUE respondió que una Directiva no establece instrumentos concretos para cada Estado miembro (como son la recolocación o la prioridad de permanencia por la que preguntaba el TSJ) sin perjuicio de que esos mecanismos puedan establecerse en cada Estado miembro, superando las disposiciones legales mínimas que establece la Directiva 92/85.

Aquí el TSJ pregunta si la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas que traspone la legislación española es conforme al art.10 de la Directiva, ya que el ordenamiento español establece una “tutela reparativa” como es la declaración de la nulidad del despido que implica la readmisión de la trabajadora embarazada junto con los salarios que dejó de percibir, pero no establece directamente “una tutela preventiva” que de manera directa y expresa hable de la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas sin causa. Y por ello, el TJUE considera que el ordenamiento español incumple con la correcta trasposición de la Directiva.

El TSJ de Cataluña pregunta si la carta individual con la que se despide a la trabajadora embarazada es suficiente para adecuarse al contenido del art. 10.2 de la Directiva (*“Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”*), ya que no se establece ningún motivo excepcional que lleve a despedir a la trabajadora embarazada sino solo los

motivos que llevan al despido colectivo. A ello responde, el TJUE que puede ser suficiente con que se aleguen las causas del despido colectivo en la carta, siempre que se indiquen de manera específica los criterios objetivos que se han seguido para elegir a esa trabajadora en el proceso de despido. A pesar de decir esto, no entra a evaluar si en la carta de despido individual del correspondiente caso se cumplió con esto, ya que es competencia del Tribunal español (TSJ de Cataluña).

Una vez que el TSJ de Cataluña recibe la STJUE se desestima el recurso que plantea la Sra. Porras Guisado y se confirma la sentencia de instancia en la que se hablaba de la procedencia del despido.

El TSJ considera que la Directiva 92/85 no tiene eficacia directa horizontal, sino que tiene eficacia directa vertical, lo que significa que, a pesar de no darse una correcta trasposición por parte del Estado en el ordenamiento interno, la aplicación directa no puede ser reclamada entre particulares.⁴⁵

Ese mismo año el TSJ de Castilla y León se pronuncia en una sentencia interpretando de manera contraria la doctrina Porras Guisado, pues considera que sí que cabe aplicar la Directiva 92/85 entre particulares a pesar de que su trasposición no se haya producido, por lo que reconoce la eficacia directa horizontal de la Directiva. Argumenta que los tribunales internos tienen que actuar facilitando el posible cumplimiento de los parámetros que marca una Directiva.

De todas formas, el argumento más importante que utiliza para apoyar la idea de la eficacia horizontal; la conexión entre la eficacia directa de la Directiva 92/85 y con la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo que ofrece la Directiva 2006/54 en su

⁴⁵ A esta conclusión llega el TSJ de Cataluña tras analizar la jurisprudencia europea, concretamente en el asunto Jiménez Melgar, donde el TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un órgano español acerca de la aplicación del art.10 de la Directiva 92/85 establece que la Directiva puede ser reclamada ante una AP por ser el Estado quien incumple con una correcta trasposición. (Asunto Jiménez Melgar, 2001)

artículo 2.2 c “ *A los efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá (...) c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE*⁴⁶.

Esta idea que defiende la STSJ de Castilla y León es apoyada por diferentes argumentos, entre otros: aunque en la sentencia Porrás Guisado el TJUE explicase que la cuestión prejudicial no versaba sobre la aplicación de la normativa comunitaria antidiscriminatoria por razón de sexo (Directiva 2006/54) sino solo sobre la correcta aplicación de la Directiva 92/85, el tribunal español podía haber tenido en cuenta la aplicación de la Directiva 2006/54 que hace el TJUE en otros pronunciamientos.⁴⁷⁴⁸

Retomando la sentencia Porrás Guisado, hay que resaltar la carta de despido individual que recibe la Sr. Porrás Guisado en el seno de un despido colectivo, pues su carta solo contiene 6 puntos en los que de manera general se menciona la situación en la que se produce el despido.

Para este punto, el Tribunal español sigue la doctrina que sienta, a partir de 2016, acerca del contenido de las cartas individuales dentro de los procesos de despido colectivo el Tribunal Supremo.

En este punto, el TS no ha estado del todo acertado pues asienta una doctrina basándose en la literalidad de los preceptos 53.1 LET y del art.122.1 LRJS, admitiendo la validez de las cartas que no especifican la razón individual que lleva al empresario a seleccionar a esa persona en concreto en el seno del despido colectivo.

⁴⁶ Como la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo sí que tiene eficacia directa horizontal, la falta de una correcta aplicación de la Directiva 92/85 llevaría a una discriminación directa por razón de sexo.

⁴⁷ De hecho, hay varias sentencias en la jurisprudencia comunitaria que apoyan que la discriminación por embarazo que protege la Directiva 92/85 constituye discriminación directa por razón de sexo del art.2.2 c de la Directiva 2006/54 (asunto Otero Ramos, 2017)

⁴⁸ STSJ de Castilla y León, Valladolid, 713/2018 (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social de Valladolid 2018 de 05 de 28).

A pesar de basarse en la literalidad de ambos preceptos, el TS parece olvidar que el art.53.1 LET se refiere a las formas y efectos del despido por causas objetivas, que sirven para el despido colectivo, lo que implicaría, en realidad, una adaptación de las causas generales previas al propio despido, a la causa individual de la persona que es despedida.⁴⁹

El principal problema que conlleva esta interpretación del TS acerca de la carta de despido individual es el de una posible vulneración del principio de no discriminación, y a pesar de haber mencionado arriba que la STJUE del caso Porras Guisado no se mueve en el ambiente antidiscriminatorio de la Directiva 2006/54 sino en el de la Directiva 92/85 que es más bien de prevención de riesgos, ésta última Directiva no está del todo desconectada con la tutela antidiscriminatoria de la mujer embarazada. Prueba de ello vuelve a ser al art.10 de la Directiva 92/85 que establece la prohibición de despido de la trabajadora embarazada en clave individual. En su apartado 2 dice que cuando el empresario despida a una trabajadora embarazada deberá dar motivos justificados por escrito.

La implícita conexión que guarda la Directiva 92/85 con la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo nos lleva a hablar de la inversión de la carga de la prueba a partir de un panorama indiciario. Aquí, el despido de la embarazada debería ser un indicio suficiente, lo que llevaría al empresario a destruir esa causa discriminatoria, y podría hacerlo justificando de manera concreta e individual en la carta de despido las causas que le llevan al despido de la mujer embarazada.⁵⁰

A pesar de esto, el TSJ de Cataluña, siguiendo la línea doctrinal del TS, en la sentencia Porras Guisado, llega a la siguiente conclusión *“la carta cumple con la exigencia dimanada de la*

⁴⁹ Entre otras, esta doctrina del TS aparece reflejada en las siguientes sentencias: de 21 de diciembre de 2016 (RCUD 3181/2015 y 3508/2015).

⁵⁰ Mejor explicado, en el epígrafe: Prueba de indicios a la luz del TC.

doctrina del TJUE de señalar la causa (extremo que no se discute), y, además, contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas”⁵¹

Se puede decir que el ordenamiento español, no cumple del todo con el art.10 de la Directiva 92/85 en este aspecto, pues a pesar de contemplar que se pueda despedir a una trabajadora embarazada por las causas que motivan el despido colectivo (esto es, causas económicas, organizativas, técnicas o de producción), no garantiza que se tenga que explicitar las causas individuales que llevan a despedir a una trabajadora embarazada en el seno de un despido colectivo (esto debería aparecer en la carta de despido individual de la Sra. Porrás Guisado, pero no es así).

A colación de este asunto hay que analizar la tercera pregunta que el TSJ de Cataluña realiza al TJUE quién se pronuncia afirmando que el ordenamiento español no cumple con el art.10 de la Directiva 92/85 al no establecer un precepto que de manera expresa prohíba el despido de una trabajadora embarazada, en situación de parto o reciente lactancia. (art.2 Directiva 92/85).

El TJUE considera que el carácter preventivo con el que se redacta la prohibición del despido de la trabajadora embarazada en el art.10 ofrece mayor protección que las Directivas comunitarias puras antidiscriminatorias⁵² que simplemente acompañan la decisión de extinción empresarial de consecuencias reparadoras y disuasorias. En cambio, el carácter preventivo de la Directiva 92/85 anima a que el empresario asuma todas las opciones posibles para evitar que las condiciones en las que pueda producirse el daño (el despido de la trabajadora) no existan, pues el hecho de poder despedir a la trabajadora embarazada genera en sí un riesgo discriminatorio.

⁵¹ Otra vez, llega a una conclusión diferente con la STSJ de Castilla y León que considera que deben de constar en la carta de despido individual dentro de un despido colectivo, las concretas razones que llevan a elegir a esa trabajadora embarazada.

⁵² Como puede ser la Directiva 2006/54/CEE que analizábamos antes.

Con la importancia que el TJUE parece poner en el sentido preventivo de la Directiva comunitaria, se invita a que el legislador español revise la normativa española⁵³, pues un despido que es contrario al art.10 de la presente Directiva, debería tener consecuentemente la aplicación de todas las medidas que se establecen en el ordenamiento español para los casos de incumplimiento del empresario de la normativa de prevención con la correspondiente revisión de indemnizaciones y sanciones.⁵⁴

7. OTROS INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LA MUJER EMBARAZADA AL MARGEN DE LAS DECISIONES ORGANIZATIVAS DEL EMPRESARIO.

7.1 COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES DE LA MUJER EMBARAZADA CON EL DESCANSO POR MATERNIDAD.

La LO 3/2007 para la igualdad entre hombres y mujeres en su Disposición adicional décimo primera, apartado seis, añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38 LET, quedando redactado de la siguiente manera:

3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

⁵³ No hay que olvidar que como se señalaba al principio, el ordenamiento español habla de una tutela reparativa propia de la calificación de nulidad de un despido pero no de una tutela preventiva como el sentido que el TJUE da a lo largo de su sentencia al art.10 de la Directiva 92/85

⁵⁴ Epígrafe apoyado en:

Pastor, M. A. (2018). El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. *Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, pgs. 1-17.

Ruiz, I. B. (2018). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Obtenido de <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>

García-Perote, I. (2018). La aplicación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho Español. *Actualidad Jurídica Uría Méndez*,pg. 186.

*Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.*⁵⁵

También el Convenio núm. 132 sobre vacaciones pagadas de 1970 en el que la jurisprudencia se ha apoyado para interpretar diferentes aspectos, establece un periodo de vacaciones anual. Se entiende como un derecho que nace para que sea disfrutado dentro de una anualidad. Así aclara los vacíos de la normativa legal interna acerca de la coincidencia entre ambas situaciones: vacaciones y embarazo.

Primeramente, hay que apuntar que el periodo de vacaciones retribuidas será el establecido en el convenio colectivo o pacto individual sin que en ninguno de los casos sea inferior a 30 días naturales, y siempre el pacto individual tendrá que respetar lo establecido por convenio colectivo.

Normalmente, los convenios colectivos suelen fraccionar el periodo de vacaciones en dos turnos, siendo el primero a discreción del trabajador o la empresa y el otro comprendido entre los meses de junio y septiembre, dentro del verano. El trabajador tendrá derecho a conocer el periodo vacacional, al menos, dos meses antes de su disfrute.

Entrando en el tema que nos interesa según el artículo 38.3 párrafo segundo, la trabajadora embarazada tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones incluso en el año siguiente a la incapacidad por causa de embarazo o lactancia en el caso que la incapacidad

⁵⁵ España, G. d. (23 de octubre de 2015). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

coincida entre el mes de agosto y diciembre. Este derecho es independientemente que sea fijado con carácter general mediante acuerdo colectivo para la totalidad de la plantilla tal y como reconoce el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia 18 de marzo de 2004 cuyo criterio fue asumido por nuestra jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.⁵⁶

En esta sentencia el Juzgado de lo Social núm.33 de Madrid interpuso ante el TJCE dos cuestiones prejudiciales. Por un lado, planteaba si una trabajadora podía disfrutar de su permiso por maternidad en un plazo distinto al dispuesto mediante acuerdo colectivo para el resto de la plantilla respecto al de las vacaciones anuales para el caso en el que coincidan.

Por otro lado, la segunda cuestión prejudicial trataba de determinar la preferencia del derecho nacional que preveía unas vacaciones más largas a las establecidas por la Directiva 93/104 relativa a determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo.

El TJCE resolvió las cuestiones prejudiciales conforme a lo establecido por el artículo 11.2 a) de la Directiva 92/85/CEE que establece que en el caso del permiso de maternidad deberán de garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora embarazada, entre los que se encuentra el disfrute del descanso anual que establece el art.40.2 CE. Este precepto junto con el análisis de otros recogidos en demás Directivas lleva a concluir al TJCE que estas normas imponen el disfrute íntegro del permiso de maternidad aun cuando coincida con el periodo de vacaciones anuales establecido para toda la plantilla por acuerdo colectivo. En definitiva, esto significa que el embarazo y lo que conlleva el permiso de maternidad no pueden ser perjudiciales respecto a las condiciones inherentes al

⁵⁶ Arrabe Asesores. (2013). *Noticias*. Obtenido de <http://www.arrabeasesores.es/noticias/detalle/vacaciones-maternidad-empresa>

contrato de trabajo, pues supondría un trato desfavorable para la trabajadora respecto a sus condiciones mínimas.

La negación de las vacaciones por el hecho de estar embarazada y poder disfrutar de un permiso de maternidad supondría una discriminación por razón de sexo porque la mujer tendría que ver suprimido su derecho de vacaciones o mermado por causa del embarazo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2 b) de la Directiva 76/207 se insta a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias con el fin de que puedan ser declaradas nulas o modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que se establezcan dentro de cualquier convenio colectivo.⁵⁷

A modo de conclusión podemos decir que el periodo de vacaciones en el caso de que coincida con el permiso por maternidad podrá ser disfrutado en otro momento dentro de la anualidad que corresponde al periodo vacacional sin que influya el condicionamiento de lo establecido en los acuerdos colectivos, de lo contrario estaríamos hablando de una discriminación por razón de sexo.⁵⁸⁵⁹

7.2 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJO

Ante la modificación de LET realizada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, el artículo 45 referido a las causas y efectos de la suspensión de contrato de trabajo en su apartado d). quedaría redactado de la siguiente manera: *“Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades*

⁵⁷, Núñez-Cortés Contreras, P. y Cebrián Carrillo, A *El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y personal*. Madrid: Consejería de Empleo y Mujer. Pág. 96.

⁵⁸ García, E. M. (s.f.). Vacaciones laborales: influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 77, 213-216.

⁵⁹ Contreras, P. N.-C. (2004). La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad. *Temas Laborales* núm. 77/2004, 305-317.

Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”

También resulta de interés para el estudio y desarrollo de este apartado el artículo 48 LET sobre la suspensión con reserva de puesto de trabajo:

1. *Al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el artículo 45.1 excepto en los señalados en las letras a) y b), en que se estará a lo pactado*

4. *El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.*

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el

periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo⁶⁰

La medida más importante instaurada por el Real Decreto-Ley es la ampliación del periodo de suspensión del contrato de trabajo a 16 semanas para los dos progenitores de esas 16 semanas; 6 serán obligatorias para los dos donde la mujer puede optar por adelantar 4 de ellas en razón de proteger al embarazo y con motivo del parto. Las 10 semanas restantes son voluntarias y son iguales para los dos. El periodo transitorio de aplicación terminaría en 2021 (8 semanas en el momento de entrada en vigor, 12 en enero de 2020 y 16 semanas para enero de 2021).

La suspensión del contrato de trabajo de cada uno de los progenitores prevista en el art.48.4 LET, una vez transcurridas las primeras 6 semanas posteriores al parto, podrá distribuirse según la voluntad de los progenitores en periodos semanales de forma continuada o interrumpida y ejercitarse desde la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo/a cumpla 12 meses. Sin embargo, la madre biológica podrá adelantar el ejercicio de este derecho hasta 4 semanas antes a la fecha anterior al parto en razón de proteger al embarazo en sí. El disfrute de la acumulación de dichos periodos deberá comunicarse al empresario con una antelación mínima de 15 días. El ejercicio de este derecho es personal e intransferible hacia el otro progenitor.

⁶⁰ España, G. d. (23 de octubre de 2015). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de eal Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Transcurridas las primeras 6 semanas de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o parcial previo acuerdo entre las partes. Si los dos progenitores trabajan en la misma empresa y quieren ejercitar este derecho, la dirección empresarial podrá limitarlo por razones objetivas, fundadas y motivadas por escrito.

Para los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento según lo establecido en el art.45.1 d), la suspensión del contrato de trabajo tendrá una duración de 16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán de ser disfrutadas a jornada completa de manera ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se conforma la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento.

Las 10 semanas restantes podrán disfrutarse de forma acumulada o ininterrumpida en periodos semanales dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa. En ningún caso el mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión a la misma trabajadora. El disfrute de estas semanas deberá comunicarse a la empresa con un periodo de antelación de mínimo 15 días. También podrá como en el caso de nacimiento de hijo, disfrutarse a jornada completa o tiempo parcial previo acuerdo entre las partes.

El desarrollo reglamentario del presente derecho ha sido efectuado por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que permanecerá vigente en aquello que no se oponga a la regulación actual. De este modo, los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las

condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato de trabajo.⁶¹

No por el hecho de hacer efectivos estos derechos se pierde el ejercicio a la tutela judicial efectiva para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción o guarda con fines de adopción o el acogimiento. Esta aplicación será efectiva salvo en los casos en los que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a estos permisos. Para considerarse un despido procedente tendrá que constatarse que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la trabajadora.

Tal y como se viene señalando en el art.123.2 de LRJS cuando se declare improcedente o nulo el despido se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario.

A pesar de que nuestra legislación está orientada a paliar todas las formas de discriminación, en el ET existen reglas especiales dedicadas a las mujeres donde el sexo no es la razón principal sino la maternidad. Y el claro ejemplo de ello es el artículo 45.1 d) LET que acabamos de analizar.

Este supuesto de suspensión del contrato de trabajo con derecho de reserva al puesto de trabajo es desarrollado por los artículos 48.4 y .7 ET, en la nueva redacción otorgada por la LO 3/2007, de 22 de marzo. En el ET ahora en caso de maternidad se atribuye al hombre también derechos que hasta ahora solo estaban cedidos a la mujer.

⁶¹ CEF-Oposiciones. (2019). Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. *Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social*, 30-34.

Para entender mejor el ejercicio de este derecho hablaremos del fallo emitido por una sentencia, concretamente, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 10/2017 de 10 de enero.

La presente sentencia falla acerca de una discriminación por razón de sexo a la hora de computar como ausencias la baja maternal o las 6 semanas obligatorias posteriores al parto, así como la baja por riesgo durante el embarazo, siendo ambas obligatorias a los efectos del cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de incentivos a la hora de reincorporarse al puesto de trabajo condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias. Tal y como dice el Fundamento de Derecho primero apartado segundo se *declare «contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias»*

El recurso denuncia la vulneración del art. 14 de la Constitución , los arts. 3 , 6 y 8 de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el art. 2.1.7 de la Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. La presente Directiva fue derogada con efectos a partir de 2009 y sustituida sin alterar apenas su regulación material por la Directiva 2006/54.

La Sala de instancia sostiene que el sistema de incentivos se aplica por la empresa de manera generalizada no importando el sexo de los trabajadores y afecta por igual a cualquiera de los supuestos de suspensión de la relación laboral enjuiciados en el art.45.1 LET. La parte

recurrente entiende que no es lo mismo el resto de las causas comprendidas en el citado artículo en comparativa con las causas de suspensión del contrato por maternidad o embarazo. A muchas trabajadoras se las considera ausentes hasta la fecha de su reincorporación lo que hace muy difícil que reciban incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo. Tal consecuencia propicia una discriminación directa y es contraria al derecho de mantenimiento de sus condiciones de trabajo y penaliza el pleno disfrute del ejercicio del derecho de maternidad, limitando, por tanto, la plenitud de este. (Fundamento de Derecho tercero, punto 5).

Finalmente, en el fallo se estima el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de CCOO contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 4 de junio 2015:

*“estimar la demanda declarando contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven. Sin costas”.*⁶²

7.3 RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O LACTANCIA ART.26 LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES (LPRL).

El embarazo conlleva grandes cambios fisiológicos y psicológicos, es por ello por lo que en el caso de las trabajadoras embarazadas antes del parto, postparto y lactancia se da una especial protección debido a que los riesgos a los que pueden resultar expuestas, no sólo ellas sino también el niño que va a nacer o recién nacido en el periodo de lactancia materna, habida cuenta del estrecho contacto fisiológico entre la madre y el niño.

⁶² Sentencia, núm. 283/2015 (Tribunal Supremo 10 de enero de 2017).

La Ley 31/1995 transpone la Directiva 92/85/CEE, respecto a la protección de la maternidad, y establece en su Art. 26, posteriormente sustituido por la Ley 39/1999 lo siguiente, en síntesis:⁶³⁶⁴

- La necesidad de que la evaluación de riesgos comprenda la naturaleza, grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto recientes a agentes o procedimientos que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o el feto.
- Si los resultados de la evaluación revelan algún tipo de riesgo, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitarlo.
- Si no se puede evitar, se contempla la posibilidad de cambiar de puesto de trabajo incluso aunque no fuese equivalente a su categoría de trabajo, si no hubiese otro.
- La protección anterior también puede ser de aplicación durante el periodo de lactancia natural cuando lo certificase el médico.
- Derecho a remuneración para la realización de exámenes prenatales, a ausentarse, previo aviso y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada laboral.

Ahora bien, hay que diferenciar entre las dos situaciones siguientes:

- Situación en que se prescribe la baja debido a la evolución clínica del embarazo (por ejemplo, por riesgo de aborto, contracciones prematuras, etc.) lo que genera una situación de Incapacidad Temporal por enfermedad común.

⁶³ MF Business School. (2 de septiembre de 2013). *Blog de Prevención de Riesgos Laborales*. Obtenido de Blog de Prevención de Riesgos Laborales: <https://blogs.imf-formacion.com/blog/prevencion-riesgos-laborales/actualidad-laboral/proteccion-de-la-maternidad-2/>

⁶⁴ Modificado también por el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, donde se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, señala que en la evaluación de riesgos deben estar presentes los agentes, condiciones y procedimientos que puedan influir negativamente en la salud de las mujeres que estén embarazadas o en periodo de lactancia y en el Anexo VIII se establece una lista no exhaustiva de agentes y condiciones a las que no se pueden exponer.

- Situación en la que existe una exposición laboral, que genera un riesgo para la salud de la trabajadora (riesgo específico para mujeres embarazadas, que han dado a luz recientemente y en periodo de lactancia), presentando la trabajadora un embarazo clínicamente sin problemas. En este caso, cuando no sea posible la eliminación del riesgo, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural.⁶⁵

Esta prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural trata de proteger la salud de las mujeres trabajadoras, del feto y del recién nacido y de cubrir la pérdida de ingresos que se produce durante el período de suspensión del contrato de trabajo o de la actividad. Se regula en los Art. 134 y 135 del Texto Refundido Ley General Seguridad Social, Art. 26.2. y 26.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 1251/2000.

Esta suspensión se mantendrá mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. (Art. 45.1.d del ET). La situación de riesgo durante el embarazo o lactancia natural es una suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto, por lo que la trabajadora podrá reincorporarse a su puesto al finalizar la situación. Esto conlleva que aquellos despidos que se produzcan durante la suspensión del contrato de trabajo por estas dos causas serán calificados como nulos, salvo en aquellos casos donde se declare la procedencia de los mismos por motivos ajenos al embarazo o la lactancia natural. En esta situación el empresario está obligado a continuar con la cotización de la Seguridad Social.⁶⁶

⁶⁵ Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. (2007). *Prevención de riesgos para la maternidad*. Obtenido de Prevención de riesgos para la maternidad: <http://istas.net/descargas/Dossier%20riesgos%20embarazo%20y%20lactancia.pdf>

⁶⁶ Hasta la aprobación de la nueva Ley de Igualdad 3/2007, las prestaciones por suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo eran consideradas contingencias comunes y se requería un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato. Con anterioridad a la Ley de Igualdad 3/2007 no estaba reconocida la suspensión de contrato por riesgo durante el periodo de lactancia ni por consiguiente existía la correspondiente prestación. Ahora no se

Acerca de la obligación de la comunicación del estado de la trabajadora embarazada al empresario de la que hablamos a lo largo de este trabajo, hay abundante jurisprudencia, entendiéndose que legalmente no existe una obligación de comunicar, aunque se recomienda comunicar esta situación al empresario de manera expresa y por escrito, para que éste pueda llevar a cabo las medidas oportunas que refuercen y aseguren la protección frente al riesgo.

En la última Sentencia que vamos a analizar en el presente trabajo, TSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 760/2018 de 22 marzo veremos una prestación por riesgo durante la lactancia natural.

En la sentencia recurrida en casación la actora venía prestando servicios en calidad de Enfermera en el servicio de salud del principado de Asturias. Con motivo de su embarazo a partir de la semana 26 de gestación le fueron reconocidas por la Mutua las prestaciones por situación en riesgo durante el embarazo. Antes de dar a luz la recurrente pidió la expedición de certificación médica de riesgo durante la lactancia a la Mutua la cual fue denegada. La demanda fue desestimada.

“Denuncia a continuación el Letrado recurrente, en el segundo motivo del Recurso, la infracción, por indebida aplicación, de lo dispuesto en el Arts. 16 y 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos laborales, en relación con lo que al efecto disponen los Arts.188 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”. (Fundamento de derecho tercero)

Argumenta así que la recurrente se encuentra expuesta a riesgos psicosociales al trabajar en horario de turnos y que también se halla sometida a riesgos ionizantes además del riesgo de infecciones que supone trabajar en el Servicio de Urgencias.

requiere periodo mínimo de cotización para acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural.

El Art. 188 de la LGSS determina que *"a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados"*.

El Art. 26.4 de la LPRL a su vez establece que "lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo (...)"

Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el art. 45.1 d) del ET, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la LPRL, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo.

En el supuesto considerado habrá que descartar la presencia de riesgos ionizantes en el puesto de trabajo de la actora; así lo afirma en la sentencia de instancia cuando señala que la demandante no está expuesta a radiaciones ionizantes ya que no es radiólogo (Fundamento de Derecho cuarto). Por el contrario, la doctrina unificada admite que el riesgo puede apreciarse cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero también ha precisado que ello es así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pueda paliarse con la extracción de la leche en aquellos supuestos particulares en que, por el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios, se hallaba impedida tanto la extracción de la leche como su conservación.

Por todas estas razones, finalmente se falla desestimando la interposición del recurso.⁶⁷

8. CONCLUSIONES

En primer lugar, la igualdad de oportunidades carece de eficacia muchas veces en el ámbito laboral, pues las mujeres sufren un doble riesgo discriminatorio; por ser mujer y estar embarazadas. Esta situación intenta ser remediada a través de la implantación de legislación que posteriormente interpretará la jurisprudencia. A raíz de la trasposición del art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE se modifica el apartado 5 del artículo 55 del ET con la Ley de Conciliación Familiar (LCF). Y será la jurisprudencia del TS junto con la del TC las que establecerán una doble línea de protección para el art.55.5; primero, la nulidad por causa discriminatoria (párrafo primero art.55.5 “prueba de indicios”) y segundo la nulidad objetiva al margen del móvil discriminatorio (art.55.5 b).

En segundo lugar, existen varios preceptos legales que protegen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo artículo 14 CE y artículo 9.2 que establece la obligación de que los poderes públicos promuevan la igualdad real y efectiva. Específicamente, en el ámbito laboral tenemos el artículo 53.4 b) que protege el embarazo desde la calificación de nulidad en caso de despido de la trabajadora embarazada al igual que el artículo 55.5 b), y en la norma procesal los artículos 122.2 y 108.2 LRJS respectivamente. Estos preceptos se van instaurando en nuestro ordenamiento a partir de la entrada de Directivas; 97/85/CEE sobre la carga de prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, 92/85/CEE sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada y 96/34/CEE Acuerdo marco del permiso parental (Directiva 2010/18/UE para promover la igualdad de trato entre ambos sexos en base al punto 16 CDFS). Todo este aglomerado normativo se ve influido por los

⁶⁷ Sentencia núm. 760/2018 (Tribunal Superior de Justicia 22 de marzo de 2018).

Convenios de la OIT: art.5 del Convenio N°158 sobre el despido no justificado basado en el móvil discriminatorio, para garantizar la estabilidad en el empleo de la trabajadora embarazada, tenemos el art.4 del Conv. N°3, art 6 Conv. N°103, Recomendación número 95 y el Conv. N° 156: igualdad de trato y oportunidades. Y en último lugar, la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas que discriminan a la mujer.

En tercer lugar, hay que destacar la gran importancia de la LO de Igualdad para Hombres y Mujeres que vela por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y oportunidades mediante la eliminación de la discriminación directa e indirecta superando el contenido mínimo de las Directivas de igualdad de trato (2002/73/CE, 76/207/CEE 2004/113/CE). Esta ley es aprobada en el que es considerado el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para Todos. La discriminación directa queda recogida en el art.6.1 de la presente ley, así como la indirecta quedaría recogida en el art.6.2 (el concepto lo introduce la STC 145/1991).

La discriminación directa también está recogida en el art.14 CE y es aquel tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo (STC 166/1988; discriminación directa por razón de sexo, Caso Mahlburg asunto 207-1998; discriminación por razón de sexo art.14 CE, 4.2 C ET Y 17 ET). La discriminación por embarazo, sin embargo, está recogida de manera directa en el artículo 8 LOIHM, art.2 del Conv. N°. 111 OIT, art.11 Convención para eliminar todas las formas de discriminación de la mujer ONU 1979.

A la hora de detectar una discriminación por razón de sexo o embarazo, el TC actúa con “un control bifásico” a raíz de la STC 38/1981; por un lado, la demandante ha de probar un panorama suficientemente indiciario de una situación discriminatoria en el seno de un despido, y es el TC quién dice que no basta con alegar la vulneración de un derecho fundamental (art.14 CE) sino que hay que aportar elementos en conexión con el trato

discriminatorio. Por otro lado, cuando el TC diga que sí que existe una prueba suficientemente indiciaria será el empresario el que tenga que demostrar que su decisión es ajena a cualquier trato discriminatorio, es decir, existe una inversión de la carga probatoria. Si el empresario no consigue demostrar que los motivos por los que se produce el despido son ajenos, entra el TC proporcionando amparo al empleado estimando la vulneración del art.14 CE. En conclusión, existen tres supuestos donde el TC considera que los indicios suficientes: 1. Falta de alegación de una causa real y fundada del empresario, 2. Decisión extintiva que, a pesar de ser procedente, se declare la discriminación alegada, 3. Despido improcedente= despido discriminatorio.

En cuarto lugar, como precedentes comunitarios respecto a las situaciones a las que se enfrenta la trabajadora embarazada en caso de extinción de la relación laboral tenemos ciertos Asuntos dónde el TJUE se ha pronunciado contrario a la teoría de contratación temporal que manifiestan la LCF 39/1999 y el TC, ya que estos consideran que las relaciones de carácter temporal a efectos de tutela antidiscriminatoria se equiparan con las decisiones que finalizan una relación laboral vigente. En la Comunidad europea tenemos como ejemplo: Caso Mahlburg donde se cuestiona si la tutela de la trabajadora embarazada se extiende a los contratos temporales, Asunto TeleDanmark y Asunto Jiménez Melgar, en el primero la trabajadora es despedida por no comunicar su estado al comienzo de la relación laboral (cuestión prejudicial art.5.1 Directiva 76/207/CEE y art.10 Directiva 92/85/CEE, el TJUE entendió que la tutela antidiscriminatoria se extiende también en las relaciones temporales, y finalmente, en el segundo Asunto se produce la no renovación contractual a raíz de una cuestión prejudicial al TJUE quién respondió de manera no favorable al entender que cuando se despide a una trabajadora con contrato parcial se equipara al despido de una trabajadora embarazada con contrato indefinido pero esto no sucede así en la no renovación contractual. Esta teoría es totalmente contraria a la seguida por el TC pues en su STC 173/1994 resuelve

un recurso de amparo a favor de la trabajadora embarazada cuyo contrato temporal no había sido renovado por su embarazo, comparándolo así con un despido discriminatorio nulo.

En el ámbito nacional, a través de la implantación de las Directivas 96/34/CEE y 92/85/CEE y los Convenios N°156 y N°158 aparece la LCF 39/1999 que modifica los artículos 53.4 (despido objetivo) y 55.5 (despido disciplinario) del ET introduciendo en su apartado b) un supuesto de protección privilegiada donde el despido será nulo de la trabajadora embarazada desde la fecha de inicio del embarazo hasta el periodo de suspensión del mismo, dando lugar a una calificación de nulidad objetiva en la que la trabajadora embarazada no tiene porqué alegar indicios en la demanda. La última reforma en esos artículos del ET es la introducida por el RD-Ley 6/2019 art.53.4 del apartado a)-c) y art.55.5 b). Pero en la realidad la evolución de la doctrina acerca de la calificación de nulidad del despido se ve reflejada en las sentencias de los Tribunales españoles; STS 19 julio 2006 analizaba el alcance del art.55.5 b) a través de su implantación con la LCF 39/1999 influido por la Directiva 92/85/CEE dónde se admitían dos interpretaciones, por un lado, el art.55.5 se refiere a un tipo especial del despido discriminatorio por razón de sexo y que por ello, necesita la existencia de un móvil discriminatorio dónde el desconocimiento no es móvil suficiente para hablar de la calificación de nulidad (según la interpretación de la Directiva 92/85/CEE). Por otro lado, tenemos la interpretación que ofrece el voto particular apoyado en la LCF 39/1999 que es más protectora pues diferencia en el art.55.5 LET su párrafo primero que habla de despidos discriminatorios y el apartado b) que habla de un tipo de nulidad objetiva existente, aunque no se alegue móvil discriminatorio como el conocimiento o desconocimiento del estado de gravidez por parte del empresario. Entiende éste que el conocimiento podría atentar contra la dignidad de la mujer embarazada la cual no tiene porqué anunciar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo.

Esta doctrina del TS será reconstruida por el TC en la STC 19/2008, pues el TS considera que el despido de las trabajadoras embarazadas es un despido subtipo del nulo por lesión de derechos fundamentales, pero recordad que el voto particular apuesta por la literalidad del art.55.5 b) que recoge la nulidad automática del despido de la trabajadora embarazada. Se trataría de un despido por sí mismo y no de un subtipo del despido discriminatorio. La STS 24 julio 2007 siguió de manera similar los argumentos de ésta sobre la necesidad del conocimiento del estado de gravidez por parte del empresario.

Siguiendo este hilo, la teoría de la nulidad objetiva es asentada en nuestro ordenamiento a raíz de la STC 92/2008 21 de julio. En ésta se presenta recurso de amparo por la vulneración del art.14 CE y de la tutela judicial efectiva art.24 CE rompiendo con la doctrina de las sentencias anteriores basadas en la necesidad del conocimiento por parte del empresario. Para ello el TC sigue el siguiente procedimiento en sus argumentos: 1. Análisis de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en base a la doctrina del conocimiento empresarial; STC 38/1981, 2. STC 41/2002 y 17/2003 necesario el conocimiento, aunque aquí el estado de gravidez era conocido por los compañeros de trabajo y 3. El TC declara la nulidad de las sentencias recurridas apoyándose en los argumentos del voto particular STS 2006 19 de julio.

Esta teoría de la nulidad objetiva se desencadena si el embarazo existía en un momento anterior a que el despido se haga efectivo y que la trabajadora sea consciente antes de que prescriba el plazo para presentar la demanda.

En quinto lugar, existen situaciones conflictivas en la actualidad a las que se enfrenta la trabajadora embarazada como en la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, esto es recogido en el art.14 y los apartados 2 y 3 que fueron modificados por el RD 6/2019 donde la extinción durante el periodo de prueba no puede ir más allá de las comprobaciones de cualidad profesional y adecuación al puesto de trabajo del trabajador.

Hubo una importante sentencia del TC STC 173/2013 donde 20 días antes de que acabara el periodo de prueba, la empresa comunica la extinción del trabajo por no cumplir la trabajadora sus objetivos en ventas. Lo mismo sucede con un compañero varón. Se unifica doctrina por una STSJ de Castilla la Mancha 2009 que resuelve en sentido contrario. STS 2011 considera que la nulidad objetiva del art.55.5 b) no es aplicable al desistimiento durante el periodo de prueba, sólo hablaremos de nulidad cuando haya lesión de derecho fundamental cosa que aquí no sucede. La demandante de amparo apoyada en la doctrina de la STC 92/2008 plantea recurso alegando la vulneración del art.24 CE y art.14 CE y dice que no puede extenderse a este supuesto. Habrá que analizar, por tanto, si existe algún tipo de móvil discriminatorio, lo cual quedaría descartado pues el empresario conocía la situación, la trabajadora no consigue alcanzar el numero de ventas y además, se despide a un trabajador varón por los mismos motivos. Aunque hubo dos votos particulares que se pronunciaron en contra.

A propósito, resaltar la STJUE PORRAS GUIADO 2018 donde la trabajadora embarazada se encontraba en el seno de un despido colectivo en la empresa Bankia, se emite una carta de despido individual donde no se especifican los motivos del mismo. Se plantea recurso ante el TSJ Cataluña quien plantea cinco cuestiones prejudiciales ante el TJUE, declara la procedencia del despido, pero plantea dudas acerca de la interpretación del art. 10 y 2 a) de la Directiva 92/85/CEE donde la tutela de la trabajadora embarazada se produce para cualquiera que comunique su estado al empresario.

Para acabar las conclusiones finales, hay que mencionar que existen otros mecanismos de tutela del embarazo al margen de las decisiones extintivas del empresario como puede ser la compatibilidad de las vacaciones de la mujer embarazada con el descanso por maternidad, la LO 3/2007 añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38 ET en el que establece que cuando el periodo de vacaciones coincida con la incapacidad temporal

por embarazo se podrá disfrutar este en otra fecha distinta. La trabajadora embarazada tendrá derecho incluso a disfrutarlo en el año siguiente a la incapacidad. Este derecho es independiente a que sea fijado mediante acuerdo colectivo otro periodo para toda la plantilla. Con la STJUE 18 de marzo de 2004 se asume ese criterio por nuestro TS y TC ya que sino hablaríamos de discriminación por razón de sexo.

Y en último lugar tendríamos para cerrar el Trabajo Final de Grado la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de hijo donde el art.45.1 d) lo recoge y es modificado por el RD 6/2019 igual que el art.48 apartado 1 y 4 que establece la suspensión del contrato de trabajo por 16 semanas ininterrumpidas así como el derecho a la reincorporación en su puesto de trabajo, esto último tiene que ver con el riesgo durante el embarazo o lactancia natural art.26 LPRL modificada por RD 298/2009 donde la mujer embarazada o en periodo de lactancia tendrá derecho a estar en un puesto de trabajo donde no se incurra en riesgo para la madre o el hijo y si no tendrá derecho a ocupar otro puesto distinto al suyo inicial. La medida más importante instaurada por el Real Decreto-Ley es la ampliación del periodo de suspensión del contrato de trabajo a 16 semanas para los dos progenitores de esas 16 semanas; 6 serán obligatorias para los dos donde la mujer puede optar por adelantar 4 de ellas en razón de proteger al embarazo y con motivo del parto. Las 10 semanas restantes son voluntarias y son iguales para los dos.

Como conclusión final me gustaría aportar un punto de vista global a este TFG que tiene por objeto “la tutela del puesto de trabajo de las trabajadoras embarazadas” y es que resulta que con una lectura objetiva podemos observar que ha sido Europa quien ha influido en la mayor parte de nuestro ordenamiento jurídico así como la OIT con sus Convenios y Recomendaciones a través de los cuales el legislador español ha querido ampliar sus contenidos mínimos para poder ofrecer una mayor protección a la trabajadora embarazada aunque por desgracia muchas veces la realidad supera a la legislación y así es como ha

sucedido a lo largo del estudio de cada uno de los apartados del presente trabajo, donde tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Supremo, asentaban doctrina acerca de la calificación de nulidad de los despidos, doctrina que sería contrastada y cambiada por el Tribunal Constitucional en su función de garante de los derechos fundamentales. Lo mismo ha ocurrido con otras modificaciones sustanciales del empresario donde la legislación parecía quedarse obsoleta, una vez más siendo interpretada a la luz del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

8. BIBLIOGRAFÍA

Barreto, D. M. (2008). *La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada. Relaciones Laborales N.º. 22/2008*, 1-8.

CEF-Oposiciones. (2019). Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. *Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social*, 30-34.

Contreras, P. N.-C. (2004). La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad. *TEMAS LABORALES núm. 77/2004*, 305-317.

Copé, M. L. (2008). Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción "iuris et de iure" del móvil discriminatorio ¿en todo caso? *Temas laborales núm.96*, 229-239.

- Copé, M. L. (2018). El alcance del derecho a adaptar la jornada y la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver. *Temas Laborales*, 173-183.
- De castro mejuto, L. (2012). Los trabajadores temporales ante el despido colectivo. Régimen, supuestos y fraude. *Revista laboral*, vol. XXXIV núm.133, 350.
- García Perote Escartin, I. y. (1985). Extinción del contrato por el empleador durante el período de prueba y no discriminación. *Relaciones Laborales*, núm 3, 497.
- García, E. M. (s.f.). Vacaciones laborales: influenciade la doctrina del Tribunal de Justiciade las Comunidades Europeas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 77, 213-216.
- García-Perote, I. (2018). La aplicación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho Español. *Actualidad Jurídica Uría Méndez*, 186.
- Guastavino, M. N. (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 195-196.
- Guastavino, M. N. (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 200.
- Guastavino, M. N. (s.f.). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministetio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 181.
- Guerrero, F. E. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. *Extinción del contrato de trabajo. Temas Laborales*, 239-248.
- Martin Valverde, A. (14 de Marzo de 26ª ED.). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos .
- Núñez-Cortés Contreras, P. Y. (2006). El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y personal. En P. Y. Núñez-Cortés Contreras, *El reflejo en la*

jurisprudencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y personal (pág. 96). Madrid: Consejería de Empleo y Mujer.

Pastor, M. A. (2018). El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. *Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 1-17.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2002). La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y TJCE. *Relaciones Laborales*, núm.8, 57.

Rubert Cardona, M. (2002). *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y Tutela Antidiscriminatoria*. Aranzadi.

Rubio, M. A. (2011). Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar(...). *Relaciones Laborales*, nº13, 12-14.

Sánchez, L. M. (2014). La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 259-267.

Villalón, P. C. (1997). *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona.

Viscont, E. E. (2014). Extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. *Rev. boliv. de derecho* nº 18, 480-489.

ANEXO I- JURISPRUDENCIA

Asunto Jiménez Melgar, C-438/99 (Tribunal Justicia de la Unión Europea 2001 de octubre de 2001).

Asunto Mahlburg, 207/98 (STJCE 4 de octubre de 2001).

Asunto Otero Ramos, 531/15 (STribunal de Justicia de la Unión Europea 19 de octubre de 2017).

Asunto Tele Danmark, 190/00 (STJCE 4 de octubre de 2001).

Caso Roca Álvarez, 104/2009 (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 30 de septiembre de 2010).

Sentencia núm. 283/2015 (Tribunal Supremo 10 de enero de 2017).

Sentencia núm. 760/2018 (Tribunal Superior de Justicia 22 de marzo de 2018).

Sentencia núm. 92/2008 (Tribunal Constitucional 21 de julio de 2008).

STC 3/2007, de 15 de enero de 2007, 6219-2005 (Tribunal Constitucional 15 de enero de 2007).

STS, 19 de julio de 2006, 387/2005 (Tribunal Supremo).

STS, 19 de octubre de 2009, 3910/2008 (Tribunal Supremo, sala cuarta de lo social 19 de octubre de 2009).

STSJ de Castilla y León, Valladolid, 713/2018 (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social de Valladolid 2018 de 05 de 28).

ANEXO II- WEBGRAFÍA

Arrabe Asesores. (2013). *Noticias*. Obtenido de <http://www.arrabeasesores.es/noticias/detalle/vacaciones-maternidad-empresa>

BOE. (1992). *Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*. Obtenido de Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia : <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-81903>

COLEX. (14 de marzo de 2011). *Sentencia Constitucional N.º 26/2011, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Rec Recurso de amparo 9145-2009 de 14 de Marzo de 2011* . Obtenido de Sentencia Constitucional N.º 26/2011, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Rec Recurso de amparo 9145-2009 de 14 de Marzo de 2011 : <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-constitucional-n-26-2011-tc-sala-primera-rec-recurso-amparo-9145-2009-14-03-2011-12026501>

Consejo General del Poder Judicial. (1 de febrero de 2018). *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía- Laboral Social*. Obtenido de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía- Laboral Social: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ057957.pdf>

Diario oficial de la Unión Europea. (26 de Julio de 2006). *DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*. Obtenido de DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición): <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>

España, G. d. (23 de octubre de 2015). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Estado, J. d. (22 de marzo de 2007). *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Obtenido de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf>

Gobierno de España. (24 de 10 de 2015). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*.
Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Iberley el valor de la confianza. (2014). *Regulación de la ajenidad como elemento del contrato de trabajo*. Obtenido de Regulación de la ajenidad como elemento del contrato de trabajo:
<https://www.iberley.es/temas/regulacion-ajenidad-elemento-contrato-trabajo-11361>

IMF Business School. (2 de septiembre de 2013). *Blog de Prevención de Riesgos Laborales*.
Obtenido de Blog de Prevención de Riesgos Laborales: <https://blogs.imf-formacion.com/blog/prevencion-riesgos-laborales/actualidad-laboral/proteccion-de-la-maternidad-2/>

Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. (2007). *Prevención de riesgos para la maternidad*. Obtenido de Prevención de riesgos para la maternidad:
<http://istas.net/descargas/Dossier%20riesgos%20embarazo%20y%20lactancia.pdf>

Judicial, C. G. (19 de julio de 2006). *CENDOJ: centro de documentación judicial*. Obtenido de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Junta de Andalucía. (s.f.). *Consejo andaluz de relaciones laborales, consejería de empleo, formación y trabajo autónomo*. Obtenido de Consejo andaluz de relaciones laborales, consejería de empleo, formación y trabajo autónomo:
https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/sercla/ambito_aplicacion/conciliacion-mediacion

ONU MUJERES. (s.f.). *Conferencias mundiales sobre la mujer*. Obtenido de Conferencias mundiales sobre la mujer: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

Ruiz, I. B. (2018). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Obtenido de <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>