

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7
VOTO PARTICULAR	7

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito registrado en este Tribunal el 30 de junio de 2011, D^a Nuria interesó el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio a fin de recurrir en amparo contra las resoluciones judiciales referidas en el encabezamiento. Efectuada la designación de profesionales del turno de oficio, que recayó en la Procuradora de los Tribunales D^a Aroa Lanchó Prieto y en la Abogada D^a Concepción Rodríguez García, mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 26 de septiembre de 2011 se tuvieron por efectuadas las indicadas designaciones y se confirió plazo de treinta días a la citada Procuradora para presentar la demanda de amparo, que efectivamente tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 14 de noviembre de 2011.

SEGUNDO.- Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La demandante de amparo fue contratada como comercial el 24 de junio de 2009 por la empresa Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., mediante un contrato de seis meses de duración, prorrogables automáticamente por períodos iguales, pactándose un período de prueba de dos meses. En la fecha del contrato la trabajadora se encontraba embarazada de diez semanas, no constando que la empresa tuviera conocimiento de ello. El 4 de agosto de 2009 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción del contrato por no superación del período de prueba. En la misma fecha comunicó idéntica decisión extintiva a otro trabajador contratado también en la misma fecha.

b) Contra la decisión extintiva interpuso demanda la trabajadora, solicitando que se declarara su nulidad, por entender que la empresa había puesto fin a la relación laboral al saber que estaba embarazada. Por Sentencia de 2 de diciembre de 2009 (autos núm. 1298-2009), el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid desestimó la demanda. La Sentencia consideró que no había quedado probado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y razonó que el embarazo no era un hecho sobrevenido al contrato, que la empresa acreditó que la trabajadora no había alcanzado los objetivos de ventas previstos en el contrato (motivo por el que se declaró la extinción del contrato por no superación del período de prueba pactado) y que al compañero de la actora, contratado en igual fecha, también se le comunicó el mismo día la extinción de su contrato por no superar el período de prueba, por idénticas razones.

c) Contra dicha Sentencia interpuso la demandante recurso de suplicación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2010 (recurso núm. 1357-2010). La Sentencia de suplicación confirma la de instancia, razonando que la extinción del contrato en período de prueba de la trabajadora sólo sería nula si resultara discriminatoria, lo que no sucede en el presente caso, al no constar que la empresa conociera el estado de gestación de la trabajadora; y añade que, aunque se aceptara como hipótesis que la empresa conocía el embarazo, también habría de descartarse la pretendida vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, toda vez que los indicios de lesión habrían quedado destruidos por el hecho de que el mismo día en que se produjo la extinción de la relación laboral de la recurrente se hubiera extinguido por el mismo motivo (no superar el período de prueba, al no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato) el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente.

d) Frente a la anterior Sentencia, la demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aduciendo como Sentencia de contraste una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de abril de 2009, en la que en un asunto idéntico y constando que la empresa desconocía el embarazo de la trabajadora, la Sala entendió aplicable la doctrina sentada por la STC 92/2008, de 21 de julio, determinando la existencia de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por discriminación, que actúa sobre toda situación de embarazo y que extiende sus garantías no sólo al despido sino también a la extinción durante el período de prueba.

e) Por Sentencia de 18 de abril de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2893-2010), al apreciar que la doctrina ajustada a Derecho era la contenida en la Sentencia recurrida y no en la de contraste. En síntesis, la Sentencia considera que el problema planteado debe de ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba (art. 14 LET) la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el art. 55.5.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) tras la reforma introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba. El legislador sólo ha ampliado la protección de la embarazada para los supuestos de despido causal, sin que pueda extenderse análogamente (art. 4.1 del Código Civil) esa protección del art. 55.5.b) LET al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia.

Así pues, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de los derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora. Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende la Sala que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva.

TERCERO.- En la demanda de amparo se aduce que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Con cita de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, y apoyándose en el voto particular a la Sentencia de 18 de abril de 2011 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se afirma por la demandante que las Sentencias impugnadas en amparo han rechazado su pretensión de que se declare nula la extinción de su contrato efectuando una incorrecta interpretación del art. 55.5.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con un supuesto de extinción de la relación laboral durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, aunque no conste que tal situación fuera conocida por el empresario. Según la demandante, la doctrina sentada por las SSTC 92/2008 y 124/2009 sobre la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada es extensible a los supuestos de la extinción del contrato durante el período de prueba, por lo que, aunque la empresa no conociera su estado de gestación, la decisión extintiva, mediando embarazo de la trabajadora, debe ser declarada nula ipso iure. Por ello mismo la demandante de amparo considera que el asunto planteado reviste especial trascendencia constitucional a los efectos previstos en los arts. 49.1 in fine y 50.1 b) LOTC.

En este sentido la demandante aduce que los efectos del presente recurso trascienden el caso concreto, porque su resolución deviene esencial para la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, que afecta al colectivo de mujeres trabajadoras embarazadas, a las que se resuelve el contrato durante el período de prueba, con independencia de que el embarazo sea conocido por la empresa, en concordancia con la interpretación sentada por este Tribunal en las SSTC 92/2008 y 124/2009 en relación con los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas en los que no consta que la empresa conociera el estado de gestación de la trabajadora. Concluye la demanda interesando que se dicte Sentencia otorgando el amparo a la recurrente por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), y se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, así como la del despido de la recurrente, con los efectos inherentes a tal pronunciamiento.

CUARTO.- Por haber causado baja en la profesión la Procuradora de los Tribunales D^a Aroa Lancho Prieto, se procedió a designar por el turno de oficio como nueva Procuradora de la recurrente en amparo a D^a Sara Martínez Rodríguez, designación que se tuvo por efectuada mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 28 de diciembre de 2011.

QUINTO.- Mediante providencia de 14 de enero de 2013 la Sala Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, para que en el plazo de diez días remitieran testimonio de las actuaciones respectivas, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción de la demandante de amparo, ya personada, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso constitucional.

SEXTO.- Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 12 de febrero de 2013 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones y por comparecida y parte a la Procuradora de los Tribunales D^a María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de la sociedad Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., procediendo asimismo, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la sociedad Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., presentó su escrito de alegaciones en el registro general de este Tribunal el 22 de febrero de 2013, solicitando que el recurso de amparo sea desestimado, por entender que no existe vulneración alguna de los derechos de la recurrente a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Señala esta parte, con cita de la doctrina sentada por la STC 41/2002, de 25 de febrero, que la extinción del contrato laboral de la recurrente es ajena a cualquier pretendido móvil discriminatorio de la empresa, pues esta desconocía (conforme quedó acreditado en el proceso a quo) el estado de gestación de la trabajadora, quedando acreditado además que la extinción del contrato, al igual que la de otro trabajador varón, contratado en la misma fecha, lo fue por no superar el periodo de prueba pactado.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 15 de marzo de 2013, interesando la denegación del amparo. Señala el Fiscal que la recurrente pretende que la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 92/2008 y 124/2009, en relación con los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas en los que no consta que la empresa conociera el estado de gestación de la trabajadora, que el art. 55.5.b) LET sanciona con declaración de nulidad, se aplique también al particular supuesto de la extinción del contrato en el periodo de prueba, argumento en el que descansa precisamente su alegato para justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Advierte en tal sentido el Fiscal que en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo se realiza, precisamente, un completo estudio de las SSTC 92/2008 y 124/2009, que se toman como obligada referencia para resolver el asunto debatido, llegándose a la conclusión de que la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del desistimiento empresarial durante el

período de prueba y del despido impide extender la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, en relación con la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, al supuesto de la extinción del contrato de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba cuando no conociera el empresario la realidad del embarazo.

Según el Fiscal, la conclusión a la que llega en su Sentencia el Tribunal Supremo resulta plenamente acertada, a la vista de la doctrina de las SSTC 92/2008 y 124/2009, cuya fundamentación jurídica resume. Lo que establece esta doctrina es que en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas debe diferenciarse si la decisión empresarial responde precisamente al embarazo (móvil discriminatorio) o si la decisión extintiva meramente coincide en el tiempo con el estado de gestación de la empleada, sin que tal circunstancia sea conocida por el empresario. Si se trata del primero de los supuestos, la nulidad radical del despido procede directamente de la quiebra del art. 14 CE, por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo; mientras que si se trata del segundo supuesto el despido ha de ser declarado nulo en virtud del sistema de tutela objetiva introducido por la Ley 39/1999 [art. 55.5.b) LET], de suerte que si la jurisdicción social no declarase la nulidad del despido en este supuesto ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

Por lo demás, en las SSTC 92/2008 y 124/2009 se advierte que la garantía antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas frente al despido no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el establecido a partir de la Ley 39/1999, pues son posibles otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma que llevó a cabo aquella Ley. De lo anterior se desprende, según el Fiscal, que las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, no han incurrido en la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), que denuncia la recurrente. Estamos ante un supuesto en el que no había conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora y, por lo tanto, el desistimiento empresarial antes del término del período de prueba no obedeció en modo alguno a un móvil discriminatorio (el embarazo). La perspectiva constitucional para el examen del caso no puede ser otra, pues, que la ofrecida por la Sentencia del Tribunal Supremo que se recurre, que parte de un análisis correcto de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, esto es, la del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo o, lo que es lo mismo, la determinación razonada del concreto alcance que ha de darse a un precepto, el art. 55.5.b) LET, que por regular específicamente materia perteneciente al ámbito del derecho a la no discriminación por razón de sexo permite su directa interpretación por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, al precepto en cuestión no puede exigírsele la regulación normativa de supuestos distintos del que efectivamente contempla. El art. 55.5.b) LET regula exactamente lo que allí se establece (las consecuencias de un despido, ya sea disciplinario o por causas objetivas), pero no cualquier otra cosa, como el desistimiento empresarial en período de prueba, que tiene su cobertura legal en el art. 14 LET. Naturalmente que el supuesto de desistimiento en período de prueba no puede quedar al margen de la protección que en general dispensa el art. 14 CE, de la misma manera que tampoco podrían quedar excluidas las consecuencias de cualesquiera otras decisiones empresariales en las que se llegara a conculcar el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, pero en cualquiera de estos casos el parámetro para juzgar la hipotética lesión del derecho fundamental habría de ser el genérico del ofrecimiento por la trabajadora de indicios de una actuación discriminatoria y la consiguiente inversión de la carga de la prueba, mediante la que el empresario acreditara, en su caso, la inexistencia de móvil discriminatorio en su actuación. De este modo, si el desistimiento en período de prueba se debiera al conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora, sin duda habría de calificarse tal desistimiento como nulo, por discriminatorio por razón de sexo.

Pero no es esto lo que aquí se ventila, pues lo que se pretende en la demanda de amparo es extrapolar la regulación del despido nulo del art. 55.5.b) LET al supuesto del desistimiento en período de prueba, que tiene su regulación específica en el art. 14 LET y distinta naturaleza jurídica, como acertadamente recuerda en su Sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuya respuesta de rechazo a la pretensión de extender una proposición normativa a un supuesto distinto del que regula resulta jurídicamente irreprochable, pues la aplicación analógica de las normas sólo cabe en aquellos casos en los que exista una laguna legal (art. 4.1 del Código Civil), lo que no sucede en el caso del desistimiento durante el período de prueba, expresamente previsto en el art. 14 LET.

NOVENO.- La representación procesal de la demandante de amparo no presentó alegaciones.

DÉCIMO.- El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de mayo de 2013, de conformidad con lo que establece el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

UNDÉCIMO.- Por providencia de 8 de octubre de 2013, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 10 de octubre del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de lo dispuesto en el art. 55.5.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) sobre la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas y sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado, su pretensión de que se declarase nula la extinción de su contrato durante el período de prueba, por tratarse de una trabajadora embarazada, aunque no conste que el embarazo fuera conocido por la empresa. Tanto la representación procesal de la empresa Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., como el Ministerio Fiscal se oponen al otorgamiento del amparo por entender que no existe lesión alguna de los

derechos de la demandante a la tutela judicial efectiva y a no sufrir discriminación por razón de sexo, por las razones que han quedado resumidas en el relato de antecedentes.

SEGUNDO.- El problema que se plantea en el presente recurso de amparo, y que dota al mismo de la especial trascendencia constitucional que justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC es, como se pone de relieve en la demanda y en las alegaciones del Ministerio Fiscal, la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) en el supuesto de trabajadoras embarazadas a las que se resuelve su contrato durante el período de prueba, no constando que el estado de gestación fuese conocido por el empresario, pretendiendo la recurrente que la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 92/2008 y 124/2009, en relación con el supuesto de despido de trabajadoras embarazadas en los que no consta que la empresa conociera el estado de gestación, que el art. 55.5.b) LET sanciona con declaración de nulidad, se aplique también al supuesto de la extinción del contrato en el periodo de prueba.

Dicho de otro modo, la demanda de amparo plantea un problema de alcance claro y preciso: determinar si resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, la interpretación y aplicación de la ley efectuada por los órganos judiciales en el caso considerado, que han rechazado la pretensión de la recurrente de extender la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo establecida por el art. 55.5.b) LET, tras la reforma introducida por la Ley 39/1999, conforme a la doctrina establecida por la STC 92/2008 (que reitera la STC 124/2009), al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, considerando las Sentencias impugnadas que para declarar nula la extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba es precisa la acreditación del carácter discriminatorio de la decisión extintiva (lo que no se aprecia en el caso, al no constar siquiera que la empresa conociera el estado de gestación de la recurrente). Concorre, pues, el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional” que impone el art. 50.1 b) LOTC porque, el enjuiciamiento del presente caso permite a este Tribunal aclarar o precisar [supuesto de la letra b) de la STC 155/2009, de 25 de junio, supuesto b)] la doctrina sentada en las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009, sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas en los que el empresario ignorase el estado de gestación de la trabajadora, determinando si el contenido y alcance de esa doctrina puede ser extendido a otros supuestos de extinción contractual distintos del despido y, más concretamente, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, que es el enjuiciado en el caso que nos ocupa.

TERCERO.- Así planteado el objeto del presente recurso de amparo, es preciso comenzar recordando la doctrina sentada en la STC 92/2008 (que reiteramos en la STC 124/2009), en la que este Tribunal otorgó el amparo a la demandante y reconoció a la misma su derecho a la 11 tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, en un supuesto en el que, habiendo sido despedida la trabajadora demandante estando embarazada, las resoluciones judiciales declararon la improcedencia del despido y no su nulidad, por no haberse acreditado que el empresario conociera el estado de gestación. En efecto, este Tribunal estimó que la falta de conocimiento del embarazo por la empresa impide apreciar la existencia de indicios de discriminación, lo que excluye la calificación de nulidad radical del despido por vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (STC 92/2008, FJ 4). Pero a continuación la STC 92/2008 entendió que el precepto legal aplicado -el art. 55.5.b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre- establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (salvo que se acreditara la procedencia del despido), no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo, y enjuiciaba desde la perspectiva constitucional el sentido y finalidad de dicha garantía para concluir que la interpretación del precepto efectuada por los órganos judiciales en el caso analizado (que exigía en todo caso el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo para declarar nulo el despido) resultaba injustificadamente restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de las exigencias de razonabilidad y motivación reforzadas que imponía la afectación del derecho fundamental sustantivo del art. 14 CE.

Posteriormente, la STC 124/2009 reiteró esta misma doctrina en un supuesto idéntico. El canon de constitucionalidad aplicado por las SSTC 92/2008 y 124/2009 para resolver la cuestión de fondo suscitada en aquellos casos, relativa a la interpretación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, fue el reforzado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por “tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)”, toda vez que “no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales ... ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas” (STC 92/2008, FJ 6, y STC 124/2009, FJ 3). Este mismo canon de constitucionalidad es el aplicable al caso que ahora nos ocupa, pues nos hallamos ante resoluciones judiciales que, interpretando lo dispuesto en el art. 55.5 b) LET y la doctrina sentada respecto del mismo por las SSTC 92/2008 y 124/2009, rechazan que el mecanismo de garantía reforzada de las trabajadoras embarazadas en caso de despido previsto en dicho precepto pueda extenderse al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, razonando que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación, lo que no sucede cuando la empresa no conoce siquiera el estado de gestación de la trabajadora.

Es aplicable, por tanto, el canon de razonabilidad y motivación reforzada del derecho a la tutela judicial efectiva, por estar en juego también el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. Sentado lo anterior, debe asimismo tenerse en cuenta que, por lo que se refiere a la interpretación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, declaramos en las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009 que “nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo

conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que ... la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo” (STC 92/2008, FJ 6, y STC 124/2009, FJ 3). Y, profundizando en esta línea argumental, señalamos que la Ley 39/1999 añadió “al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad (“será también nulo” dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria [92/85]), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. [...]

Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional” (STC 92/2008, FJ 8, y STC 124/2009, FJ 3). Ahora bien, sentado lo anterior concluimos que “la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4)” (STC 92/2008, FJ 9, y STC 124/2009, FJ 3).

CUARTO.- Pues bien, siendo éste el sentido de la doctrina de las SSTC 92/2008 y 124/2009, debemos descartar que -en contra de lo que sostiene la demandante de amparo- esta doctrina haya sido desatendida u obviada por las Sentencias impugnadas en amparo, y en particular por la dictada en casación para la unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, toda vez que las Sentencias impugnadas han resuelto un caso que, desde la perspectiva mencionada del canon reforzado del derecho a la tutela judicial efectiva que impone la afectación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, es sustancialmente diferente al considerado en las SSTC 92/2008 y 124/2009. Como se ha visto, la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 92/2008 y 124/2009 reprochaba a los órganos judiciales concernidos la interpretación restrictiva de un precepto legal, el art. 55.5.b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, que añadió al supuesto de nulidad ya contemplado en la redacción precedente del art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales (entre ellos el “motivado” por el embarazo de la trabajadora) un nuevo supuesto de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, que opera automáticamente (salvo que se demuestre la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo), a pesar de que la empresa ignore el estado de gestación de la trabajadora.

Y así afirmamos que las Sentencias entonces enjuiciadas, al condicionar la aplicación de la regla sobre nulidad del despido prevista en el art. 55.5.b) LET a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora en el momento del despido, no satisfacen las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de la trabajadora que es despedida hallándose embarazada. Ahora bien, en el caso que ahora nos ocupa los órganos judiciales han razonado que lo dispuesto en el art. 55.5.b) LET no es aplicable al supuesto enjuiciado, que no se refiere a un despido, sino a una extinción del contrato laboral durante el período de prueba. Particularmente, la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que el problema planteado debe de ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el art. 55.5.b) LET, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba.

Con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, se razona por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el legislador sólo ha ampliado la protección de la trabajadora embarazada, tras la Ley 39/1999 (y mejorando la tutela dispensada por la Directiva comunitaria 92/1985), para los supuestos de despido causal, por lo que la extensión de esa protección prevista en el art. 55.5.b) LET a otras causas extintivas por vía analógica (art. 4.1 del Código Civil), método delicado de integración normativa cuya aplicación exige, “por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo” (STC 148/1988, de 14 de julio, FJ 5), sólo sería posible si existiese una identidad de razón esencial entre el despido causal y esas otras causas de extinción del contrato de trabajo. Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razona en la Sentencia que esa protección reforzada prevista en el art. 55.5.b) LET para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia.

Así, se señala que mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de

la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan “resultados inconstitucionales” (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3 y 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4). De ello se infiere por el Tribunal Supremo que, más allá del supuesto de la decisión extintiva con vulneración de derechos fundamentales, que acarrea la declaración de nulidad tanto si se trata de despido como de desistimiento empresarial en periodo de prueba, aplicándose en este caso las reglas de distribución de la carga probatoria en los mismos términos previstos para el despido nulo (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3), no cabe extender por analogía la protección dispensada para el despido en el art. 55.5.b) LET, tal como ha sido interpretada por las SSTC 92/2008 y 124/2009, a la resolución contractual en periodo de prueba, pues las diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica evidencian que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del art. 55.5.b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

La Ley 39/1999 añadió al supuesto ya contemplado de los despidos nulos por discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales un nuevo supuesto de nulidad objetiva del despido por embarazo de la trabajadora, en los términos expuestos, sin que la posterior Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, que amplía la protección de la mujer embarazada, considerara oportuno extender esa regulación a supuestos distintos de la extinción del contrato de trabajo por despido. En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva.

QUINTO.- Este razonamiento, a diferencia de lo sucedido en los casos resueltos por las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009, satisface plenamente las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). El Tribunal Supremo (y previamente los órganos judiciales de instancia y suplicación), desde la posición institucional que le asigna el art. 123.1 CE, ha rechazado en su Sentencia, mediante un exhaustivo y preciso razonamiento que parte de la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y el desistimiento empresarial en periodo de prueba, extender el mecanismo de tutela objetiva de la trabajadora embarazada en caso de despido, prevista expresamente en el art. 55.5.b) LET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, y ha aplicado a este supuesto la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria en los casos en que se invoca una discriminación por razón de sexo (STC 17/2007, de 12 de febrero), concluyendo en la ausencia de indicios de tal discriminación, entre otras razones, aunque no sólo, por la falta de acreditación del conocimiento empresarial del embarazo.

En suma, el análisis de la cuestión planteada que se contiene en la Sentencia impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo expresa una argumentación axiológica no solo motivada y fundada en Derecho, sino plenamente coherente y respetuosa con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, por lo que resulta completamente ajena a los reproches que determinaron el otorgamiento del amparo en las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009. Del mismo modo en que en las SSTC 92/2008, FJ 9, y 124/2009, FJ 3, advertimos que “la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999”, de suerte que “serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal” (que presupone el conocimiento por la empresa del estado de gestación y determina la inversión de la carga de la prueba a partir de los indicios de discriminación aportados por la trabajadora), no cabe formular reproche alguno desde la perspectiva del canon reforzado de motivación a una interpretación judicial que sostiene que el sistema de tutela objetiva previsto por la Ley 39/1999 para el despido de la trabajadora embarazada no resulta aplicable a las extinciones del contrato en el período de prueba, pues entre ambas instituciones existen suficientes diferencias sustantivas como para justificar un tratamiento diferenciado, reforzado en el caso del despido, en cuanto decisión necesariamente causal y motivada y cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor.

Esta interpretación, en efecto, no resulta constitucionalmente reprochable, dado que no priva de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba, que, pese a no exigir siquiera causa ni motivación de ningún tipo -pudiendo responder, por su propia naturaleza, a la pura voluntad empresarial- no pueden, claro está, vulnerar derechos fundamentales, como tiene establecido nuestra doctrina, antes citada (SSTC 94/1984, FJ 3 y 166/1988, FJ 4), y se recuerda precisamente en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Otro tanto hemos afirmado respecto de otras decisiones no causales, como la no renovación de contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio).

SEXTO.- Por otra parte, conviene advertir que las Sentencias impugnadas en amparo -y de modo particular la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo- han efectuado en el presente caso una interpretación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que resulta plenamente acorde con las exigencias de nuestra reiterada doctrina al respecto. En efecto, como recuerda la citada STC 17/2007, FJ 4, para determinar si las resoluciones judiciales impugnadas en amparo vulneran la interdicción de discriminación por razón de sexo este Tribunal ha de analizar, “a la vista de las circunstancias del caso concreto, si la trabajadora recurrente en amparo aportó indicios de discriminación suficientes y si, en tal supuesto, como consecuencia de la inversión de la carga de

la prueba, la empleadora cumplió con su obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales”.

Pues bien, a diferencia de lo que sucedía en el asunto resuelto por la citada STC 17/2007, referido a la extinción del contrato de una trabajadora embarazada por no superar un segundo periodo de prueba (y en el que la trabajadora aportó indicios racionales de que el desistimiento empresarial vino en realidad motivado por sus sucesivas bajas laborales debidas a sus embarazos y ulteriores abortos, sin que la empresa acreditase que los hechos motivadores de su decisión fueron legítimos y ajenos al móvil discriminatorio por razón de sexo que se le imputaba), en el presente caso acontece que la demandante de amparo, como bien se razona en las Sentencias impugnadas, no aportó indicios racionales de discriminación por motivo de embarazo, toda vez que ni siquiera resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación, lo que excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de que, en cualquier caso, lo que sí se acreditó en el proceso es que el mismo día en que se produjo la extinción de la relación laboral de la recurrente por no superar el período de prueba, al no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato, se extinguió por el mismo motivo el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, lo que vendría a demostrar que la decisión extintiva fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía.

SÉPTIMO.- Como conclusión de lo expuesto cabe señalar, en primer lugar, que las Sentencias recurridas no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo y, más en concreto, que la respuesta dada a la cuestión planteada en el presente caso por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que puso fin a la vía judicial resulta plenamente respetuosa con la doctrina constitucional en la materia y específicamente con las propias SSTC 92/2008 y 124/2009 en las que la demandante apoya su queja; y, en segundo lugar, que las Sentencias impugnadas han efectuado en el presente caso una interpretación del derecho a la no discriminación por razón de sexo, atendidas las circunstancias concurrentes, que resulta plenamente acorde con las exigencias de nuestra doctrina al respecto sobre la verificación de la aportación de indicios de discriminación suficientes y, en su caso, la refutación de tal panorama indiciario por la empresa. Todo ello determina la denegación del amparo.

FALLO

Denegar el amparo solicitado por D^a Nuria. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diez de octubre de dos mil trece. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente.- Adela Asua Batarrita.- Luis Ignacio Ortega Álvarez.- Encarnación Roca Trías.- Andrés Ollero Tassara.- Fernando Valdés Dal-Ré.- Juan José González Rivas.- Santiago Martínez-Vares García.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Pedro José González-Trevijano Sánchez.- Enrique López y López, Magistrados.

VOTO PARTICULAR

Voto particular concurrente que formula el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara, respecto a la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada por el Pleno en el recurso de amparo avocado núm. 3773-2011. En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, con pleno respeto a la opinión de mis colegas, por medio de este Voto particular quiero ante todo hacer constar que comparto íntegramente su Fallo, por entender que la tutela objetiva atribuida a las trabajadoras en situación de embarazo en caso de despido es resultado de una opción legítima del legislador; no deriva pues de una exigencia constitucional, capaz incluso de obligarle a extender dicho tratamiento a trabajadoras que, en similar estado, desarrollan su labor en periodo de prueba.

PRIMERO.- El motivo de mi voto es la preocupación, que he tenido presente durante la deliberación de la Sentencia, de que su Fallo se pudiera en el futuro malinterpretar como si neutralizara resoluciones anteriores de este Tribunal, que considero particularmente acertadas. Me refiero a las Sentencias 166/1988, de 26 de septiembre, y 173/1994, de 7 de junio. En ambas se consideró que se había producido vulneración de los derechos de las trabajadoras afectadas, al no exigirse por el juez al empresario que aportara un motivo distinto de la situación de embarazo para la resolución del contrato (en periodo de prueba, en el primer caso, y temporal con posible prórroga, en el segundo). Considero que el contraste con dicha doctrina -expresada de modo particular en la primera de dichas resoluciones, en la que quedó fuera de discusión el conocimiento del embarazo por la empresa- suscita una saludable reflexión sobre muchos de los aspectos abordados en esta ocasión: existencia o no de conocimiento por la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora; indicios a aportar por esta para que su estado se presuma conocido, obligando a la empresa a dejar constancia suficiente de su desconocimiento; características de la motivación capaz de justificar la resolución del contrato...

SEGUNDO.- El conocimiento por la empresa de la situación de embarazo resulta sin duda particularmente relevante, así como la notable dificultad de la trabajadora para probar que ha tenido lugar. Este problema ha encontrado una doble respuesta. La Directiva europea 92/85/CEE establece que debe ser la trabajadora la que comunique a la empresa su situación, para que tenga de ella conocimiento y poder derivar en su caso la oportuna denuncia de trato discriminatorio. El legislador español, por el contrario, ha optado por establecer una tutela objetiva de efecto automático, que hace superflua toda constatación de la existencia de una subjetiva discriminación de la trabajadora afectada. Los Antecedentes de la presente Sentencia dejan claro que la trabajadora interpone su primera demanda “por entender que la empresa había puesto fin a la relación laboral al saber que estaba embarazada”. Con posterioridad, el acceso a la casación para unificación de doctrina le lleva a plantear de modo menos acertado una interpretación extensiva de la nulidad objetiva contemplada

por el artículo 55.5 b) de la Ley 39/1999 que reforma el Estatuto de los Trabajadores, con obligada marginación de la discriminación antes denunciada. Me preocupa que haya sido solo esta última argumentación la que, de modo a mi juicio excesivo, centrara la atención en los Fundamentos de la Sentencia.

A la hora de descartar una posible vulneración se irá afirmando, en las sucesivas instancias, que “no consta probado que la empresa tuviera conocimiento de este hecho”, sin alusión a quién debería haberlo probado; que la resolución del contrato se produce “no constando que la empresa tuviera conocimiento de ello”, y que “no había quedado probado que la empresa conociera el embarazo”, “al no constar que la empresa conociera el estado de gestación de la trabajadora”; se afirma igualmente que la empresa “desconocía (conforme quedó acreditado en el proceso a quo) el estado de gestación de la trabajadora”. También el Fiscal considera que estamos “ante un supuesto en el que no había conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora”, añadiendo un aspecto nada irrelevante: “el parámetro para juzgar la hipotética lesión del derecho fundamental habría de ser el genérico del ofrecimiento por la trabajadora de indicios de una actuación discriminatoria y la consiguiente inversión de la carga de la prueba”, lo que lleva a interrogarse sobre qué tipo de indicios habría de aportar y si no habría que considerar indicio suficiente su no cuestionada situación de embarazo. Sobre todo, al afirmarse en el FJ 5 “la ausencia de indicios de tal discriminación, entre otras razones, aunque no sólo, por la falta de acreditación del conocimiento empresarial del embarazo”, reiterando lo ya apuntado en el FJ 4: “en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora”.

Todo ello puede suscitar la duda de si este extremo fue analizado con suficiente profundidad, como para poder afirmar en el FJ 6 que la trabajadora “como bien se razona en las Sentencias impugnadas, no aportó indicios racionales de discriminación por motivo de embarazo, toda vez que ni siquiera resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación, lo que excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo”. Ya se había anticipado en el FJ 5 que, en consecuencia, no se ha privado a la trabajadora “de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba”. Invita a la duda también que en un pasaje de la Sentencia 41/2002, de 25 de febrero, citada por la empresa en apoyo de su postura, se afirme que “las alegaciones de la demandante no resultan convincentes en cuanto a la existencia de indicios de discriminación”, lo que parece hacer gravar no sobre la empresa sino sobre ella de modo excesivo una carga probatoria. No en vano en la primera instancia se afirmó, sin precisar su alcance, que “la actora debe acreditar un indicio que genere una razonable sospecha”.

TERCERO.- Aleja también a esta Sentencia de las inicialmente aludidas el hecho de que la empresa haya aportado una doble explicación para justificar su desistimiento de continuar la situación contractual. La primera puede considerarse plausible, al no haberse logrado los objetivos inicialmente propuestos a la trabajadora, si bien su cómputo se realiza teniendo en cuenta únicamente lo conseguido en el primero de los dos meses del periodo de prueba. No resulta tan convincente #ante la necesidad de descartar la existencia de discriminación, en situaciones tan proclives a generarla# el hecho de que se haya producido similar desistimiento de la empresa respecto a un trabajador varón. No solo porque #ahora sí, sin duda alguna# este no estaba embarazado, sino porque de asumirse acriticamente tal justificación, bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar periodo de prueba. Partiendo de estas reflexiones, me he inclinado a emitir este Voto particular explicitando mis reservas, que no me han impedido suscribir la Sentencia, pues su resultado no me parece falto de fundamento. Madrid, a diez de octubre de dos mil trece.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado a Pleno núm. 3773-2011 y al que se adhieren la Magistrada D^a Adela Asua Batarrita y los Magistrados D. Luis I. Ortega Álvarez y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

PRIMERO.- Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros del Pleno, que tiene indudable fundamento y soporte en doctrina previa de este Tribunal, señaladamente en las SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo, entiendo que el fallo debió de declarar la vulneración del art. 14 CE, desde el prisma de la tutela antidiscriminatoria, procediendo a apartarse y, consecuentemente, a modificar la doctrina contenida en aquellos precedentes, que no comparto. En mi opinión, los actos empresariales aquí enjuiciados lesionaron, y las Sentencias impugnadas no tutelaron, el principio de prohibición de discriminación por razón de género, sacrificándolo, por el contrario, con una solución contraria a su contenido esencial y a la recta interpretación de las garantías que del art. 14 CE, segundo inciso, que se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el campo de las relaciones laborales.

SEGUNDO.- En esta ocasión, mi discrepancia se instala en un terreno exquisitamente doctrinal, pues admito que la ratio decidendi de la Sentencia aprobada tiene respaldo en la jurisprudencia constitucional antecedente. Por tanto y a diferencia de otros pronunciamientos de los que he disentido expresamente, ni puedo ni debo calificar el pronunciamiento del Tribunal del que me separo como un retroceso en la tutela de los derechos fundamentales, referido en el caso enjuiciado a la lucha antidiscriminatoria por razón de género.

La opinión que me merece el pensamiento jurídico constitucional formulado en las SSTC 92/2008 y 124/2009 la dejo sintetizada del modo siguiente: revela una inteligencia del derecho fundamental concernido que no satisface el parámetro de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales que la prohibición de discriminación consiente y, sobre todo, demanda en atención, básicamente, al atributo que a esta distingue y que se sustancia en ser una norma de sistema dotada de una doble propiedad: una inconfundible vocación transformadora de nuestro modelo de convivencia y una indiscutible finalidad de salir al paso de un inaceptable legado, derivado de factores de muy diversa índole. En atención a su naturaleza de norma de sistema, los derechos vinculados a la proscripción de toda manifestación discriminatoria rebasan y sobrepasan la mera atribución subjetiva del derecho mismo. Desde una perspectiva teleológica,

en efecto, la interdicción de discriminación del segundo inciso del art. 14 CE es una norma parificadora de reacción histórica. Conforme al propósito que la inspira, nuestra Constitución ni extiende de forma subjetivamente ilimitada la tutela del citado pasaje constitucional, ni tampoco la confiere a partir de una atención singularizada de cada sujeto, en sí mismo considerado. Antes al contrario, la prohibición de discriminación, en atención a los factores que el precepto constitucional ampara, persigue una finalidad de parificación frente a situaciones de inferioridad o desventaja estructural de determinados colectivos, situaciones que todavía hoy persisten e, incluso, emergen en nuevos escenarios y respecto de renovados factores de relegación.

Es ésta y no otra, a mi parecer, la razón de ser de la regulación constitucional, de manera que la protección del art. 14 CE comprende exclusivamente a grupos de personas situados de manera sistemática en posiciones de desigualdad sustancial. Solo con esa aproximación de sistema, que exige identificar a los colectivos protegidos en situación de postergación social o jurídica y no, por tanto, a una pluralidad de sujetos menoscabados por actos antijurídicos, puede discernirse qué significa y qué y a quién preserva el art. 14 CE en su segundo inciso. Una exacta comprensión del intenso y denso sentido parificador de la regla constitucional ahora a examen pide, pues, traer a colación y valorar adecuadamente un elemento de matriz supraindividual, consistente en el previo encuadramiento de los sujetos susceptibles de ser protegidos en el grupo afectado; y también demanda el concurso de un perjuicio adverso para el factor preservado. Otra concepción de la regulación constitucional no sólo desnaturalizaría los principios que informan la prohibición de discriminación del art. 14 CE, segundo inciso, sino que, asimismo, vendría a mezclar principios, garantías y derechos diversos, olvidando criterios de delimitación y diferenciación entre ellos que resultan imprescindibles. Frente a ese escenario clásico, el presente recurso de amparo se singulariza por una circunstancia que no debe marginarse: en la lógica de la parte recurrente, la invocación de la prohibición constitucional de discriminación por razón de género tendería a operar ad intra del colectivo protegido.

El reproche vertido habría nacido del diferente tratamiento jurídico que la ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) otorga a distintas mujeres trabajadoras, y no ya a hombres frente a mujeres ante actos unilaterales igualmente extintivos; o, si se prefiere, la lesión derivaría de la existencia de un régimen jurídico que diferencia la protección entre las mujeres embarazadas en la ruptura de la relación laboral en función de circunstancias contractuales. Es este un escenario fáctico y jurídico de indiscutible repercusión social, dotado adicionalmente de una innegable novedad temática e interés constitucional al ofrecer la posibilidad de trazar, en estos supuestos de hecho, una diversa noción del mandato constitucional de parificación que, trascendiendo la concepción clásica de parificación ad extra con colectivos no relegados, en este caso varones, pasaría a desarrollarse a través de una parificación ad intra; esto es, mediante una exigencia de atribución de una idéntica tutela antidiscriminatoria dentro del colectivo protegido. No obstante y para reconocer una conexión de constitucionalidad directa con el art. 14 CE en los supuestos de embarazo con extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba, no es preciso activar esfuerzos adicionales de elaboración y redefinición de conceptos que, en nuestra jurisprudencia, cuentan con un dilatado arraigo. Para alcanzar ese resultado, bastará argumentar que, a diferencia de lo que sostuvieron en su día las tan citadas resoluciones de este Tribunal, las STC 92/2008 y 124/2009, y ahora sigue defendiendo la sentencia aprobada por el Pleno de este Tribunal de la que discrepo, el régimen tuitivo previsto en el ET en caso de despido de embarazadas (art. 55.5 ET), lejos de constituir un mero plus añadido por el legislador, es un imperativo constitucional ex art. 14 CE.

TERCERO.- Estos pronunciamientos parten de la distinción entre tutela intencional y tutela objetiva de la discriminación, situando la primera en el contenido esencial del art. 14 CE y la segunda en una especie de contenido adicional -por manejar un concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional en relación con otro derecho fundamental: la libertad sindical-, de creación legal, concluyendo, a partir de esta diferenciación y sin ofrecer la necesaria motivación, que la tutela antidiscriminatoria ante actos que lesionen objetivamente, sin voluntad o animus de relegación, el derecho fundamental implicado en estos escenarios discriminatorios ha de calificarse como diferente y de contenido menor o inferior a la tutela intencional. Con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección que nos ocupa, el art. 14 CE no sólo prohíbe los actos discriminatorios intencionales, que por lo general se acreditarán a través de la dinámica propia de la prueba indiciaria, sino también cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo. Nuestra doctrina clásica, soslayada en la Sentencia del Pleno pese a ser reiterada y constante, creo que avala y ratifica ese punto de partida. Según los precedentes que la Sentencia ahora discutida hace suyos, el embarazo goza, por decisión del legislador y a pesar del desconocimiento empresarial, de una protección antidiscriminatoria automática y objetiva frente a la extinción en los supuestos del art. 55 ET; pero solo en ellos.

Por consiguiente, dicha protección no beneficia a los restantes supuestos extintivos reconducibles, en lo que aquí interesa señalar, al art. 14 ET, al no haberse consumado esa misma opción de política legislativa: la consagración del contenido adicional del art. 14 CE. La tesis alternativa que formulo, en cambio, postula que la regulación del art. 55 ET no es un plus infraconstitucional inspirado por el art. 14 CE; es, muy antes al contrario, la expresión o concreción de un imperativo de ese derecho fundamental. Una recalificación de la tutela antidiscriminatoria como la ahora defendida obliga a afirmar que el legislador, al limitar el alcance del art. 55 ET, ha dejado extramuros de su ámbito objetivo parte de los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas ha de contar, por mandato directamente deducible del art. 14 CE, de una protección reforzada, entre los que se encuentra, precisamente, la extinción en período de prueba. Por expresar mi tesis en otras palabras, los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE.

CUARTO.- Las premisas de toda vulneración del art. 14 CE son las dos siguientes: de un lado, la concurrencia del factor protegido (aquí, el embarazo como realidad biológica enlazada al género, según jurisprudencia constante de este Tribunal) y, de otro, la existencia de un perjuicio asociado (aquí, la extinción del contrato de trabajo). Pese a la diferente naturaleza existente entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, una y otra premisa concurren en ambas modalidades extintivas. Los factores justificativos de una tutela antidiscriminatoria se dan por igual en las extinciones causales y en las no causales, existiendo

pues tanto un equivalente imperativo de protección como una identidad del factor protegido en presencia. Los elementos de legalidad que adjetivan de modo distintivo cada instituto jurídico a contraste, al no lograr la dilución de la presencia de esta doble premisa, se encuentran desprovistos, por tanto, de la necesaria entidad para articular una diferenciación en el tratamiento constitucional de la tutela antidiscriminatoria.

Frente a una conclusión como la expuesta, amparada en un enjuiciamiento constitucional, la Sentencia de la mayoría, dando validez a lo alegado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la resolución recurrida, señala que, “mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, (...) el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 ET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3 y 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4)”.

Como fundamento de la inexistencia de resultados inconstitucionales, se invocan los perfiles propios del periodo de prueba y las consiguientes diferencias entre los institutos laborales comparados. Y ante semejante argumentación, la pregunta que aflora es esta: ¿cuál es el soporte que consentiría el que esas peculiaridades de la prueba pudieran habilitar un distinto y menos intenso régimen de tutela antidiscriminatoria?. Es este, sin embargo, un interrogante al que no se responde. Seguramente, porque no hay razón que justifique constitucionalmente la conclusión alcanzada. O, por expresar la misma idea desde otro ángulo, por cuanto la única razón invocada queda instalada en un terreno ajeno a la Constitución; es decir, en rasgos de mera legalidad que, por muy objetivamente caracterizadores que sean de las instituciones laborales a contraste, no explican en clave constitucional una tutela dispar. Es precisamente ese giro en el vacío en el que queda atrapada la Sentencia mayoritaria, que termina pasando por alto la identidad de razón de la protección en los casos comparados. Al reflexionar como lo hace, la Sentencia de la mayoría se apropia y hace suyas dos ideas que, en mi opinión, resultan de todo punto inaceptables desde una perspectiva constitucional.

De un lado, asigna una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede, precisamente y enunciada la idea en términos relacionales, con el periodo de prueba frente al régimen extintivo ordinario del contrato de trabajo. Es esta una lógica que carece de fundamento constitucional, encarándose abiertamente con la jurisprudencia constitucional dictada en otras materias, bastando ahora traer a colación, para no razonar en el vacío, la relativa a la exclusión de los contratados temporales del ámbito del convenio colectivo (STC 136/1987, de 22 de julio, FJ 5). De otro, implica subestimar la concurrencia del factor biológico personal tutelado, reduciendo su relevancia constitucional en función de circunstancias ajenas al contenido esencial del derecho, como son los factores contractuales enunciados en la transcripción de la Sentencia que he realizado líneas atrás. Por lo demás, el criterio mayoritario afluye en un efecto paradójico, de indefendible encaje constitucional: a pesar de que el acto legislativo no puede en modo alguno confinar el alcance de la cobertura constitucional, pues es ésta la que permite contradecir la validez de la norma infraconstitucional adoptada, en el caso enjuiciado se hace depender el ámbito de imputación de la tutela antidiscriminatoria de la intervención normativa decidida por el legislador ordinario.

Desde esta perspectiva, la Sentencia de la mayoría, aunque se instale en la misma senda de los precedentes en que se apoya, aparece velada en su mirada; velada por una indagación de los contenidos propios del derecho fundamental desde el texto legal, siendo así que esa operación es incorrecta en general, y también inasumible ad casum, ya que la premisa de que la regulación infraconstitucional (art. 55 ET) no es expresión de un imperativo constitucional no aparece debidamente motivada. Por toda argumentación, la Sentencia mayoritaria, al aludir a aquellos precedentes, razona afirmando que “la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal”. El interrogante que emerge y que no es dable eludir es, entonces, éste: ¿cuáles son los razonamientos jurídico-constitucionales que permiten concluir que otros diseños de protección menos intensos o, incluso, la no extensión o la supresión potencial del definido en el art. 55 ET son compatibles con el contenido esencial del art. 14 CE?.

A pesar de plantear un escenario no por hipotético menos preocupante, la Sentencia de la que discrepo no ofrece respuesta alguna a este grueso interrogante, quedando así el alegato, dado su intenso tono apodíctico, desprovisto de toda fuerza persuasiva. Razonado que en el desistimiento no causal del contrato de trabajo de las mujeres embarazadas durante el período de prueba el factor protegido está afectado en los mismos términos que en las extinciones causales o, mejor aún, se encuentra afectado, incluso, en mayor medida por existir una situación de mayor precariedad laboral, la segunda línea de razonamiento, como ya anticipé, se centra en el análisis de los tipos de lesión que puede sufrir un derecho fundamental; o, si se prefiere, en la tipología de actos lesivos. En este orden de consideraciones, constituye reiterada doctrina constitucional afirmar que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales. Por decirlo en los términos, entre otras, de la STC 225/2001, de 26 de noviembre, la violación de derechos fundamentales “no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante” (FJ4). Puede haber, por tanto, lesiones del derecho fundamental objetivas, aunque no haya ánimo de discriminar.

El desconocimiento del embarazo, así, no es un elemento que, por sí mismo, excluya el reproche discriminatorio. Ni lo descarta en general, ni lo hace en el curso ordinario del contrato, en la fase precontractual o en el momento extintivo, como acontece en el ejercicio empresarial del desistimiento en período de prueba. Es esta una lógica derivación de la doctrina general sobre la lesión de derechos fundamentales. Desde esta segunda premisa, tampoco se percibe diferencia alguna entre despido causal y cese en periodo de prueba.

Ni de la CE ni de la jurisprudencia constitucional se infiere que ese criterio uniforme y estándar, que es el que define la doble tipología de lesiones, tenga excepciones, o en particular que pudiera integrarlas en actos no causales como los regulados en el art. 14 ET. Muy antes al contrario, pues este Tribunal ha afirmado con insistencia que los derechos fundamentales operan también frente a decisiones no causales del empresario (por todas, STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y, en particular sobre el periodo de prueba, entre otras SSTC 94/1984, de 16 de octubre, o 17/2007, de 12 de febrero). No me parece de recibo que, existiendo una protección constitucional directa y generalizada para lesiones de derechos fundamentales, tanto intencionales como objetivas, pueda hacerse depender la que proceda frente a lesiones objetivas de un acto de intermediación legislativa.

Es sencillamente un canon infundado e inconsistente, que se proyecta sin explicación solvente por la resolución mayoritaria a una realidad contractual caracterizada por un especial desequilibrio y por la singular desprotección de la trabajadora en periodo de prueba; en una situación en la que el riesgo de discriminación acrece. La cobertura constitucional es única y se extiende sobre cualquier acto generador de un perjuicio al factor protegido, sea intencional o no. La fuente de la protección, concurriendo el factor, es la CE, de modo que carece de todo respaldo en nuestra doctrina, por tanto, el que en esta materia concreta, en la del desistimiento empresarial en periodo de prueba, se formule una excepción, afirmándose que el ámbito de imputación de la protección en casos de embarazo desconocido por el empresario dependerá del alcance de la regulación legal, sustituyendo así y sin justificación la cobertura ordinaria del art. 14 CE. No encuentro en el texto de la resolución aprobada una tesis razonable -ni irrazonable siquiera- que pueda dotar a esa conclusión de soporte argumental. Esta lógica, implícita en las SSTC 92/2008 y 124/2009, es contraria a nuestra reiterada elaboración sobre lesiones intencionales y objetivas, ambas prohibidas directamente por la CE, sean o no especificadas por la norma infraconstitucional.

QUINTO.- A lo largo de las discusiones que precedieron a la aprobación de la sentencia de la que me aparto, propuse, sin éxito como puede advertirse, un overruling dirigido a enunciar una protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato de trabajo. La única excepción a dicha protección, aplicable por igual a despidos, todos ellos basados en justa causa, y a desistimientos vendría dada por la verificación de una causa que desvincula el acto extintivo del factor protegido; esto es, por la concurrencia debidamente acreditada de una causa laboral que justifique el cese en periodo de prueba o de una causa disciplinaria que determine la procedencia del despido en los casos regulados en el art. 55 ET. Con esta reconstrucción de nuestra doctrina, el canon utilizable en los supuestos de ceses contractuales de mujeres embarazadas no sería el del art. 24.1 reforzado con el art. 14 CE, como en la Sentencia de la mayoría acontece, sino el canon propio del derecho sustantivo. No me resisto a indicar que, en no pocas ocasiones, los planteamientos que encuadran la tutela en un esquema del art. 24.1 CE reforzado, pese a su apariencia tuitiva, no hacen sino desligar del derecho sustantivo la cobertura constitucional, introduciendo el riesgo latente de una minoración de la protección.

La mera lectura del FJ 5 de la Sentencia aprobada así lo confirma. El uso recurrente de este canon, el reforzado del art. 24 CE, dota de un exceso de protagonismo a la intermediación judicial no reparadora frente a la infracción del derecho sustantivo concernido, cuya vulneración originaria reside en el acto empresarial no anulado en el proceso. Parecen meros matices pero son cambios de fondo, decisivos para los derechos fundamentales, sobre todo cuando debo reconocer que comienzan a detectarse con preocupante continuidad. Las claves del canon constitucional deberían de haber sido esta vez, por lo tanto, las propias del art. 14 CE: concurrencia del perjuicio, afectación del factor protegido a un miembro del colectivo tutelado, equiparación de la protección en todas las situaciones asimilables en el que aquel factor se presente y, en fin, generalización de una idéntica cobertura a lesiones objetivas o intencionales. Concluyendo: es verdad que, como dejó escrito la STC 182/2005, de 4 de julio, el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad; pero no es menos verdad que sí excluye, como también recordaba ese pronunciamiento, toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias.

Las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferencien la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisen, por razón de embarazo, la misma protección, serán, en suma, contrarias al art. 14 CE por imperativo constitucional. Solo así se asegura el contenido esencial del derecho en la máxima irradiación que exige una norma de sistema, como es la interdicción de discriminación, cuyos presupuestos conceptuales se entrelazan de manera inescindible con la noción de igualdad sustancial, al responder a un propósito de reequilibrio y superación en nuestro Estado social de Derecho de ciertos tratamientos peyorativos que sufren grupos o colectivos en razón de un elemento que los caracteriza, y cuya vulneración atenta contra los valores de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE). 6. La presente Sentencia constitucional responde, así pues, a un concepto de las relaciones laborales que, con todo el respeto que me merece la decisión del Pleno del Tribunal, no se corresponde con mi concepción del modelo constitucional y democrático que las informa; lo que no sólo repercute esta vez en la efectividad de los derechos fundamentales, sino que, adicionalmente, puede incrementar la situación de precariedad laboral en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas sometidas a un periodo de prueba. A la luz del art. 14 CE, la estimación del recurso era la única respuesta posible. En consecuencia, debería haberse otorgado el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, confirmatorias de la regularidad del desistimiento decidido por el empresario, y el derecho de la demandante a reincorporarse a su puesto de trabajo. Madrid, a diez de octubre de dos mil trece.