



Roj: **STS 4233/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:4233**

Id Cendoj: **28079140012011100386**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2011**

Nº de Recurso: **2893/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Jesús Martín Bautista en nombre y representación de Dña. Candida , contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2010, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1357/2010 , interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en Autos núm. 1298/2009, seguidos a instancias de la ahora recurrente contra la empresa COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido "COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A", representada por el Letrado Don Eduardo Fernández de Blas.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2-12-2009 el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- La actora D^a Candida comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. con fecha 24-6-09, con la categoría profesional de comercial y con un salario bruto mensual de 728,10 euros con prorrata de pagas extras. **2º**.- Con fecha 24-6-09 ambas partes celebraron un contrato de trabajo con una duración de seis meses, prorrogables automáticamente por períodos de seis meses, pactándose en la cláusula 5º un período de prueba de dos meses. En el apartado c) del Anexo I se establece que el trabajador percibirá una comisión del 5% para cualquier tipo de instalación; y en el apartado e) se establece que será la contratación mínima mensual a efectos de extinguir el contrato conforme a la cláusula 11,a) de 240 euros obtenida aplicando las condiciones del apartado c). **3º**.- Con fecha 4-8-09 la empresa demandada le comunicó la extinción del contrato por no haber superado el período de prueba de conformidad con el art. 14 y cláusula 5ª del contrato, Dicha carta obra en autos y se da por reproducida. **4º**.- En la fecha en que fue contratada la trabajadora, se hallaba embarazada de 10 semanas. No consta probado que la empresa tuviera conocimiento de este hecho. **5º**.- La actora prestaba servicios con anterioridad para otra empresa como comercial, a igual que su compañero Sr. Nicolas . A ambos trabajadores le comunicaron en la misma fecha la extinción del contrato de trabajo por no superar el período de prueba. **6º**.- Durante el tiempo que prestó servicios la actora, se facturaron unas ventas por las altas en instalaciones de gas y calefacción que había realizado la trabajadora por cuantía de 4.615 euros, ascendiendo el 5% de dicha cuantía a 120 euros en total. **7º**.- La cantidad que percibía la actora en nómina en concepto de comisión correspondía a comisiones de ventas, dietas y suplidos. **8º**.- La actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno. **9º**.- Con fecha 9-9-09 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin efecto."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda de despido interpuesta por D^a Candida frente a la empresa Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".



SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Candida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 11-06-2010, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^{ña}. Candida contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 31 de los de Madrid de fecha 2 de diciembre de 2009, en sus autos 1.298/09, seguidos a instancia de la citada parte recurrente contra "Cobra Instalaciones y Servicios, S.A". en reclamación de despido. En consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia".

TERCERO.- Por la representación de D^a Candida se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 22-07-2010, en el que se alega infracción de los arts. 55.5 b) ET y 14 y 24 de la C.E. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla La Mancha de 6 de abril de 2009 (R-12/2009)

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 21-10-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13-04-2011, fecha en que tuvo lugar. Acordando la Sala el nombramiento como Ponente de la Excmo. Sra. Magistrada D^{ña}. Maria Lourdes Arastey Sahun, al anunciar el anterior designado, voto particular. La tramitación de esta resolución se ha demorado más allá del plazo legal por incidencias imprevistas surgidas en los trámites de firma y de coordinación con otras resoluciones de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora demandante se alza en casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de junio de 2011 (rec. 1357/2010), que confirmaba la sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de los de esta Capital (de 2 de diciembre de 2009, autos 1298/2009), desestimatoria de la demanda de despido.

El recurso aporta, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 6 de abril de 2009 (rec. 12/2009) y denuncia la infracción de los arts. 55.5 b) ET y 14 y 24 de la Constitución, con cita, asimismo, de la STC 92/2008.

A fin de realizar la necesaria comparación a los efectos de constatar que concurra el requisito legal de la contradicción, se hace necesario poner de relieve los datos siguientes: a) La trabajadora demandante había sido contratada por la demanda el 24 de junio de 2009, hallándose entonces en estado de gestación de 10 semanas; b) El contrato de trabajo se celebró al amparo del Real Decreto 1438/1985, por el que se regula la relación laboral de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas; c) se estipuló una duración del contrato de seis meses (hasta el 23 de diciembre de 2009), estableciéndose un periodo de prueba de 2 meses; d) asimismo, se pactó que sería causa de resolución del contrato por parte de la empresa la no consecución durante dos meses consecutivos de la contratación mínima establecido en el Anexo I del contrato (la correspondiente a una comisión de 240 €; señalándose que la comisión sería del 5% del precio de la venta); e) El 4 de agosto de 2009 la empresa demandada comunicó a la trabajador la extinción del contrato por no superar el periodo de prueba (en tal fecha el embarazo de la trabajadora era de 16 semanas); f) en esa misma fecha la empresa comunicó idéntica decisión a otro trabajador con la misma categoría de la demandante; durante el tiempo en que la trabajadora prestó servicios para la demandada generó una facturación cuyo 5% ascendió a 120 € en total; g) en los meses de junio, julio y agosto la actora fue retribuida con 245,06 €, 524,26 € y 294,47 €, respectivamente; y h) se declara probado que no consta que la empresa conociera el embarazo de la actora.

En su demanda, la actora alegó que el cese se había producido al comunicar a la empresa que estaba embarazada. La sentencia del Juzgado analizó la contradicción entre los dos testigos que depusieron en el acto del juicio y concluye con la falta de prueba del conocimiento de tal circunstancia por parte de la empresa y argumentó: a) que el embarazo no era un hecho sobrevenido al contrato; b) que la empresa había acreditado que la trabajadora no alcanzó los objetivos pactados; y c) que al compañero de la actora, contrato en fecha similar, también se le comunicó la extinción por no superar del periodo de prueba en la misma fecha.

La sentencia de suplicación, ahora recurrida, confirma la de instancia razonando que la extinción del contrato en periodo de prueba de la trabajadora embarazada sólo será nulo cuando resulte discriminatoria y sostiene que, aunque se aceptara que la empresa conocía el embarazo, los indicios de lesión quedarían destruidos por el hecho de que en la misma fecha se extinguió el contrato de trabajo de otro trabajador varón.



En la sentencia de contraste (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 8 de abril de 2009, rolo 12/2009), consta que la empresa desconocía el embarazo de la trabajadora y que a ésta se le comunicó la extinción del contrato por no superar el periodo de prueba cuando se hallaba en la 12ª semana de gestación. Razonaba la Sala de Castilla-La Mancha que la STC 92/2008 suponía un cambio interpretativo afectante a la nulidad objetiva, distinta de la nulidad por discriminación, que actúa sobre toda situación de embarazo y extendía estas garantías a la extinción en periodo de prueba a fin de no mermar el derecho fundamental.

Resulta patente la contradicción entre las sentencias comparadas, tal y como pone de relieve el Ministerio Fiscal. En ambos casos estamos ante la extinción del contrato en periodo de prueba de la trabajadora embarazada y, mientras que la sentencia de contraste resuelve que en tales casos se está siempre ante un despido nulo, para la recurrida la nulidad del cese sólo ha de predicarse en los supuestos en que se aprecie discriminación por tal causa.

SEGUNDO.- Se trata de decidir si la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada es extensible a los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba.

Conviene recordar, en primer lugar, cual es el tratamiento jurisprudencial y constitucional del despido de la mujer durante la gestación, antes de abordar la posibilidad de aplicación del mismo a los supuestos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

A raíz de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre , para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, el Estatuto de los trabajadores incorporó concretas medidas de protección eficaz a favor del principio de igualdad de oportunidades en el empleo de las mujeres. En particular, y ciñéndonos exclusivamente a la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada, se produjo la inclusión de un supuesto de nulidad del despido que venía a añadirse al ya contemplado en el apartado 5 del art. 55 ET (en igual sentido se modificó el art. 53.4 ET , así como los arts. 108.2 y 122.2 LPL).

La interpretación del nuevo texto legal llevó en un principio a esta Sala IV a sostener que era preciso que el empresario conociera el embarazo de la trabajadora y que, si tal conocimiento existía, la ley establecía una presunción *iuris et de iure* de móvil discriminatorio, de suerte que la nulidad solo estaría excepcionada de acreditarse la procedencia del despido (así lo anunciaba la STS de 26 de marzo de 2006 , que descartó la contradicción precisamente por la cuestión del conocimiento o desconocimiento del embarazo por parte de la empresa y lo abordaron de lleno las STS del Pleno de 19 de julio de 2006 -rcud. 1452/2005 y 387/2005 -, seguidas posteriormente por las STS de 24 de julio de 2007 -rcud. 2520/2006 - y 29 de febrero y 12 de marzo de 2008 -rcud. 657/2007 y 1695/2007 , respectivamente-). Partía allí la Sala de considerar que el despido de la mujer embarazada constituía un supuesto particular de despido discriminatorio y rechazaba de este modo la tesis de la "nulidad objetiva", que abogaba por aplicar la nulidad prescindiendo del móvil de la decisión extintiva.

Esa postura jurisprudencial fue rectificada en la STS de 17 de octubre de 2008 -rcud. 1957/2007 - (seguida por las STS de 16 de enero -rcud 1758/08 -, 17 de marzo -rcud. 2251/2008 -, 13 de abril -rcud 2351/08 -, 30 de abril -rcud. 2428/2008 - y 6 de mayo de 2009 -rcud. 2063/2008-), en la que se acogía el criterio de la STC 92/2008, de 21 de julio . En ésta última el Tribunal Constitucional entró a valorar el alcance del art. 55.5 ET para sostener que el legislador optó por un desarrollo del art. 14 CE incrementando las garantías al no exigir el requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora. Rechazando la suficiencia de los criterios interpretativos contrarios - y entendiendo vulnerado por ello el art. 24 CE -, concluía así el TC que el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa.

Posteriormente, la STC 124/2009, de 18 de mayo , anuló la STS de 19 de julio de 2006 (rcud. 1452/2005) y reiteró el mismo criterio de la STC 92/2008 .

Como resumíamos en la STS de 6 de mayo de 2009 (rcud. 2063/2008), tras acoger los criterios del TC, la doctrina de esta Sala IV sobre la calificación del despido de la trabajadora embarazada se concreta en los siguientes puntos:

"a)- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b)- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia



de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c)- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 (...) se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo»(...), por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d)- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e)- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre».

TERCERO.- Lo hasta ahora expuesto ciñe su objeto a la concreta institución del despido -tanto disciplinario, como objetivo-, en tanto sólo en relación con la regulación de esta causa de extinción del contrato se plasma la intervención expresa del legislador. Ni la citada Ley 39/1999, ni la ulterior LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres -que amplió sustancialmente los supuestos de "nulidad objetiva" de los arts. 53.4 y 55.5 ET con una misma finalidad-, ni las demás reformas operadas posteriormente en el Estatuto de los Trabajadores (y en los preceptos análogos de la LPL) han incidido en otras causas de extinción de la relación laboral.

Por otra parte, como las dos STC mencionadas han puesto de relieve, ha sido el legislador español el que optó por mejorar el mandato de la Directiva 92/1985, de 19 de octubre, en tanto que ésta ciñe la protección a la mujer embarazada que "comunique su estado al empresario con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales ..." (arts. 2 y 10). En palabras de la STC 92/2008 (después reiteradas en la STC 124/2009), "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".

Es precisamente el carácter reforzado que el legislador ha otorgado en el caso del despido el que lleva al TC a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva que debía haberse respetado en la interpretación del precepto legal en que la protección reforzada de la no discriminación se plasma. Por ello, señala, que "... 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, F. 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación -particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados".

Llegados a este punto no puede negarse que nuestro legislador nacional sólo ha ampliado la protección para los supuestos de despido causal, y, por tanto, la extensión a otras causas extintivas habrá de hallar apoyo en la detección de los elementos sobre los que asentar una aplicación analógica como la que permite el art. 4.1 del Código Civil, la cual procede cuando las normas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie la identidad de razón.



La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha interpretado el art. 4.1 del Código Civil afirmando que " *La analogía se configura en la doctrina como el procedimiento de aplicación del derecho por virtud del cual aplicamos la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencial igualdad que existe entre ambos. Responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta ("ubi eadem ratio legis est, ibi cadem iuris dispositio")* " (STS/1ª 30 de mayo de 2007). Por ello, ha exigido " *para la aplicación del método analógico la existencia de una verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados* "; de suerte " *que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación* " (así lo recuerda la STS/1ª de 7 de octubre de 2010 , que resume doctrina anterior).

Por su parte el TC ha declarado que " *Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo* " (STC 148/1988).

CUARTO.- La necesidad de comparar las dos instituciones a las que se pretende dar un trato análogo -el despido de un lado, y la extinción en periodo de prueba por otro- nos ha de llevar a examinar la naturaleza jurídica del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba para relacionarlo en lo posible con la extinción acordada en atención a alguno de los motivos de despido.

El art. 14 del ET , al que se remite el art. 3.3 del RD 1438/1985 , establece que: " *1. Podrá concertarse por escrito un período 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 período 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 período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.*

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 período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el período de prueba, el trabajador 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.

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

Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes".

No hay, pues, definición legal de la prueba en el contrato de trabajo, que podría concretarse en el periodo limitado de tiempo en el que las partes se someten a mutua experimentación a través de las correspondientes prestaciones sinalagmáticas.

La doctrina de esta Sala IV sobre el periodo de prueba ha venido señalando que es ésta " *una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental* " (en estos términos o análogos: STS de 2 de abril de 2007 -rcud. 5013/05 -, 12 de diciembre de 2008 -rcud. 3925/2007 -, 6 de febrero -rcud. 665/2008 -, 14 de mayo -rcud.1097/2008 - y 23 de noviembre de 2009 -rcud. 3441/2008 -, entre otras).

Las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de



la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa. Puede afirmarse que el periodo de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma.

No obstante, la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato. Así lo declararon las STC 94/1984 y 166/1988, al señalar que " *la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, carecerá de transcendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales* ".

De ello se infiere que la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación. Con independencia de la teórica catalogación de la resolución en periodo de prueba como un despido atípico -dentro de un concepto amplio de despido-, lo cierto es que el legislador la distingue de los dos supuestos a los que expresamente denomina "despido". Cabe cuestionarse, por tanto, cuales son, dentro de ese diferente régimen normativo, las lagunas legales que el periodo de prueba padece en relación a aquellos aspectos en que sí puede sostenerse una similitud jurídica esencial, como sería la de la indicada protección de los derechos constitucionales.

Ya se ha señalado que la doctrina jurisprudencial y constitucional sanciona con la nulidad de la conducta la decisión extintiva del empleador que se produzca con vulneración de derechos fundamentales, aun cuando se ampare en la facultad resolutoria del periodo de prueba, de suerte que a estos supuestos han de aplicarse las reglas de distribución de la carga de la prueba en los mismos términos que para el despido nulo del primer párrafo del art. 55.5 ET.

Así, la STC 17/2007 acude a la apreciación de un panorama indiciario para imponer a la empresa la carga de la prueba de la justificación de su decisión en un supuesto de extinción durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada y concluye con la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. No en vano, pese que anunciaba los cambios legislativos de la Ley 39/1999, la STC 17/2003 siguió aplicando al despido anterior a dicha ley la nulidad "clásica", lo que evidenciaba que la novedosa nulidad "cualificada" se inserta en el plano de la legalidad ordinaria, en tanto es el legislador el que ha determinado el supuesto específico de protección reforzada.

No hay duda por tanto de que no hay distinción alguna entre la extinción de la relación en periodo de prueba por razón del embarazo y los despidos producidos con vulneración del derecho fundamental. Recordemos que, desde una perspectiva procesal, también en el caso de impugnación judicial del cese en la fase de prueba del contrato se acudiría a lo dispuesto en el art. 96 de la LPL.

QUINTO.- Resta pues por analizar si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba. En suma, si cabe extender a ésta la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, tal y como ha sido interpretación por la doctrina constitucional y jurisprudencial.

La interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el art. 14 ET que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET.

Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación.

Partiendo de la certeza de que, en todo caso, el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas estaba ya preservado suficientemente a través de los mecanismos de tutela clásicos, el legislador se mostraba consciente de la sustancial diferencia de medios a emplear para preservar todos los aspectos de la igualdad, abarcando no sólo la no discriminación por razón de sexo, sino también el de la igualdad de oportunidades. Ello impone estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo. Si en el primer caso el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza; la lesión para la igualdad que se produce en el acceso al empleo resulta difícilmente detectable y la configuración legal de la protección habrá de tender a no dificultar la contratación, a la vista de una realidad social que, pese la elevación del nivel formal



de igualdad, sitúa a la población activa femenina en tasas muy inferiores a las de la masculina con un desfase particularmente significativo a partir de las edades fértiles, por el rechazo de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas (así, STJUE de 4 de octubre de 2001, Asunto Tele Danmark, C-109/00).

De ahí que en una fase inicial -y precaria- de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal.

Precisamente el alcance constitucional de esos supuestos de nulidad cualificada -ex art. 55.5 b) ET - se produce en relación a la tutela judicial dispensada en la interpretación de aquel precepto (STC 92/2008 y 124/2009). Por ello una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al art. 4 de la LO 3/2007 , exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material.

En suma, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas.

La afirmación que hacíamos en la STS de 28 de abril de 2010 (rcud. 1113/2009), dictada por el Pleno de la Sala, sobre la nulidad del cese en periodo de prueba de una trabajadora embarazada, como derivada del art. 55.5 ET no contradice lo hasta ahora razonado. Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, en aquel supuesto esta Sala no abordaba la nulidad del despido -calificación sobre la que no se suscitaba el recurso-, sino las consecuencias de dicha nulidad sobre los salarios de tramitación en un supuesto de contratación temporal.

SEXTO.- Lo dicho hasta ahora obligaba a examinar el caso desde la óptica de la eventual discriminación, como hizo la sentencia recurrida.

Desde esa perspectiva, se hacían relevantes algunos elementos fácticos concurrentes en el caso ya apuntados en el primero de nuestros Fundamentos.

Así, el que la sentencia declarara no acreditado que la empresa conociera el embarazo de la actora impedía partir del estado de gestación como circunstancia indiciaria contundente.

Además, y aun de haberlo conocido la empresa, habría de ponderarse si, asimismo, conocía que la trabajadora estaba embarazada cuando fue contratada, pues estando entonces ya en tal estado, el que la empresa hubiera suscrito el contrato a sabiendas de su situación podría contrarrestar de algún modo la fuerza del indicio.

Por último, y partiendo también de que se hubiera afirmado la existencia de indicios, se ha acreditado que en la misma fecha se extinguió el contrato de trabajo de un trabajador varón, contratado en condiciones y fecha idénticas a las de la actora y que en ambos casos se daba la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en la contratación inicial.

Todo sirve para concluir con la desestimación del recurso, en tanto la doctrina ajustada a Derecho es la que se contiene en la sentencia recurrida que debe, por ello, ser confirmada.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 233 LPL la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita, por lo que en el presente caso no procede condenar a la trabajadora recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dña. Candida , frente a la sentencia dictada el 11 de junio de 2010, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1357/2010 , iniciados en el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en Autos núm. 1298/2009 a instancias de la ahora recurrente contra la empresa COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. Sin costas.



Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formulan los/as Excmos./as. Srs./Sras. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Don Luis Fernando de Castro Fernandez, Don Jordi Agusti Julia, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa Maria Viroles Piñol y Don Manuel Ramon Alarcon Caracuel a la sentencia de fecha 18-abril-2011 (rcud 2893/2010 (Sala General)).

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada, en Sala General, en fecha 18-abril-2010 (rcud 2893/2010), en la que se concluye, de lo que discrepamos, que la protección a dispensar en el supuesto de extinción del contrato por alegada no superación del período de prueba de una mujer embarazada es la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, sin que sea aplicable la nulidad objetiva fijada para el despido.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Entendemos, a diferencia de lo sustentado en la sentencia aprobada mayoritariamente, que la protección constitucional y su desarrollo legal en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en el caso de despido que en el de extinción contractual durante el periodo de prueba por alegada no superación del mismo, por lo que, aunque no conste el conocimiento de la situación o estado de embarazo o de gestación por parte de la empresa, es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, y que, por consiguiente, para declarar la procedencia del desistimiento o del cese acordado es exigible que el empresario acredite que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.

SEGUNDO.- 1.- Destaquemos que en el supuesto enjuiciado, de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, con la modificación y adición efectuada en suplicación a instancia de la trabajadora recurrente, cabe entender probado, en cuanto ahora más directamente afecta, que: **a)** la trabajadora fue contratada en fecha 24-junio-2009 hallándose embarazada de 10 semanas, por lo que cuando se le notificó la extinción contractual, en fecha 4-agosto-2009, estaba embarazada de 16 semanas; **b)** ante la contradicciones de la prueba testifical, se afirma que no consta probado que la empresa tuviera conocimiento del hecho del embarazo; **c)** la actora fue contratada como comercial mediante contrato de trabajo con una duración de seis meses, prorrogables automáticamente por períodos de seis meses, pactándose un período de prueba de dos meses; **d)** igualmente se pactó que en contraprestación de su labor el comercial percibiría las comisiones establecidas en el Anexo I, en el que se establecía que el trabajador percibiría una comisión del 5% para cualquier tipo de instalación, que la contratación mínima mensual sería la correspondiente a una comisión de 240 € y que " *para extinguir el contrato al amparo de la cláusula 11 .a el trabajador debía obtener un rendimiento inferior a dicha cantidad durante dos meses consecutivos* " (modificado en suplicación) [obsérvese que la trabajadora no llegó a permanecer 2 meses en la empresa]; **e)** en fecha 4-agosto-2009 la empresa le comunicó la extinción del contrato por no haber superado el período de prueba; **f)** " *durante el tiempo que prestó servicios la actora, se facturaron unas ventas por las altas en instalaciones de gas y calefacción que había realizado la trabajadora por cuantía de 4.615 euros, ascendiendo el 5% de dicha cuantía a 120 euros en total* " (no modificado en suplicación) [es dable destacar que, de ser correctos los datos que figuran en los hechos probados, al haberse pactado únicamente abono de comisiones durante todo el tiempo trabajado la actora solo debería haber percibido 120 €]; **g)** " *en los meses de junio, julio y agosto aquella fue retribuida con 245,06 €, 524,260 € y 294,470 €, respectivamente* " (adicionado en suplicación), no haciéndose referencia en suplicación a que en dicha cantidad se incluyeran " *dietas y suplidos* " como figuraba en el hecho modificado de la sentencia de instancia, manteniéndose el hecho 1º de la sentencia de instancia en el que figura probado que la actora tenía " *un salario bruto mensual de 728,10 euros con prorrata de pagas extras* "; y **h)** que " *la actora prestaba servicios con anterioridad para otra empresa como comercial, a igual que su compañero Sr. ...* " y que " *ambos trabajadores le comunicaron en la misma fecha la extinción del contrato de trabajo por no superar el período de prueba* ", pero sin que existan datos sobre el posible rendimiento del trabajador varón [a pesar de lo que se afirma en el fundamento de derecho sexto de la sentencia aprobada mayoritariamente].

2.- No cuestionamos la existencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencia exigido en el art. 217 LPL para viabilizar el recurso de casación unificadora. Destacamos la doctrina contenida en la sentencia de contraste (STSJ/Castilla y La Mancha 6-abril-2009 -rollo 12/2009), que, a nuestro juicio, es la que contiene



la doctrina jurídicamente más correcta. Fue dictada en supuesto en el que igualmente consta que la empresa desconocía el estado de gestación de la trabajadora y que le comunica la extinción contractual por no superar el período de prueba cuando se encontraba en la semana 12 de gestación; en ella se invocaba el cambio interpretativo que ha supuesto la STC 92/2008 de 21-julio, la que ha establecido que el embarazo es por sí un dato objetivo "configurado de una nueva nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación... ya que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación", interpretando la sentencia de contraste que, en su caso, debe el empresario acreditar que la extinción del contrato durante el período de prueba lo fue por causas ajenas al embarazo, por lo que "implicando, ante la inexistencia de prueba alguna de que el cese de la actora se sustente en una causa real y cierta, la necesaria constatación de la nulidad del cese", independientemente de que el cese se haya producido durante el período de prueba y como consecuencia de la simple alegación de la falta de superación del mismo, "puesto que también en relación a dicho supuesto determinante de la resolución de la relación laboral le son de aplicación las garantías reforzadas para la tutela de la mujer embarazada, sin que al respecto, y como indica el Tribunal Constitucional, #pueda 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 #".

TERCERO.- 1.- Esta Sala ha proclamado de forma directa que el art. 55.5.b) ET (« Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ... b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión ... Lo establecido ... será de aplicación, salvo que ... se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo ») establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada por lo que su despido nunca puede ser calificado como improcedente, sino que necesariamente dará lugar a la declaración de procedencia o a la de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación.

2.- La referida doctrina se fijó por esta Sala, – en acatamiento a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, ante la doctrina sentada por la STC 92/2008 de 21-julio –, a partir de la STS/IV 17-octubre- 2008 (rcud 1957/2007), con reflejo, entre otras, en las posteriores SSTS/IV 16-enero-2009 (rcud 1758/2008), 17-marzo-2009 (rcud 2251/2008), 13-abril-2009 (rcud 2351/2008), 30-abril-2009 (rcud 2428/2008) y 6-mayo-2009 (rcud 2063/2008), que reproducen los razonamientos empleados por la referida jurisprudencia constitucional.

3.- En esta última sentencia social de fecha 6-mayo-2009 se sintetiza la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala en los términos que se recogen en el fundamento de derecho segundo de la sentencia aprobada mayoritariamente, que damos por reproducidos, pero debemos destacar y deducir de dicha doctrina:

A) La pluralidad de derechos y bienes constitucionalmente protegidos en el caso de extinción contractual de una trabajadora embarazada, no limitada al derecho a la igualdad y no discriminación ex art. 14 CE, lo que comporta entender que la tutela judicial no se puede limitar a ese único derecho exigiéndose una protección reforzada no solamente del derecho a la no discriminación por razón de sexo sino también de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados (" La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE] ").

B) La jurisprudencia constitucional y, derivadamente, la ordinaria pone el acento en la protección de la mujer trabajadora embarazada ante la extinción contractual (" riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad "), sin distinción de causas (" Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales ").

C) Se afirma que la especial protección de la trabajadora embarazada a pesar del desconocimiento de la situación de embarazo o de gestación por parte del empresario tiene como fundamento evitar atentados contra la intimidad y/o la dignidad de la mujer, derechos constitucionales dignos de protección, por lo que no puede entenderse que tal intimidad y/o dignidad solamente deba ser protegida cuando se trate de un



despido y no cuando el cese tenga lugar por alegada no superación del periodo de prueba, no existiendo elementos objetivos y razonables para tal distinción (" *La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer* ").

D) Se crea por la jurisprudencia constitucional una nueva modalidad de derecho o de protección reforzada " *más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación* " y distinta de ésta que actúa en toda situación de embarazo, por lo que para aplicar esta protección jurisdiccional, entendemos, que debe estarse a la situación de embarazo de la mujer trabajadora, y no a la concreta causa de cese o extinción de la relación laboral, sin necesidad de acudir a criterios de analogía entre las causas de extinción (" *Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación»* ").

CUARTO.- La posterior STC 124/2009 de 18-mayo , -- que anuló la STS/IV 19-julio-2006 (rcud 1452/2005) por entender que había vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo " *y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados* " --, reitera la doctrina contenida en la STC 92/2008 , remarcando especialmente que " *... 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 ...)* ".

QUINTO.- 1.- Debe destacarse que la Directiva 1992/85/CEE de 19-octubre-1992 (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 - décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 Directiva 89/391/CEE), -- cuya transposición superando los niveles mínimos de protección, en el extremo ahora debatido, se efectuó por la citada Ley 39/1999 --, afirma que " *Considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido* ", configurando tal expresa prohibición en su art. 10 , en el que se dispone que " *Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el art. 2 [trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia], del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2 , durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el ap. 1 del art. 8 , salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.- 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el art. 2, durante el período contemplado en el punto 1 , el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.- 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1 "*.

2.- Aun cuando la protección otorgada por la referida Directiva, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia constitucional, es inferior a la de nuestra legislación estatal, de ella cabe inferir un concepto amplio de despido que comprende los supuestos en los que el empleador puede proceder a la extinción contractual sin alegación de una causa. El citado art. 10.2 de la Directiva 1992/85/CEE entendemos que suministra una base interpretativa sólida para deducir que en aquellas legislaciones nacionales de los Estados comunitarios en los que la extinción del contrato de trabajo por despido o destitución o desistimiento empresarial no exija la concurrencia de una causa justa, atribuyendo a la libertad organizativa empresarial la decisión de despedir, destituir o extinguir sin necesidad de motivos justificados, cuando se pretenda despedir, destituir o extinguir el contrato a una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en todo caso se exigirá que el empresario deba " *dar motivos justificados de despido por escrito* ". Por lo tanto, si la Directiva resulta aplicable a los supuestos de extinción que no necesiten justa causa, parece claro que también lo debe ser a los supuestos de extinción en período de prueba, tanto si se considera que dicha extinción es causal (por no haber superado la prueba) como si se estima que, en realidad, el empresario puede extinguir



libérrimamente (sin justificar la no superación de la prueba) la relación laboral durante el período de prueba. Y, si es aplicable la directiva comunitaria, es claro que también lo es la normativa nacional de trasposición de la misma: en lo que a nuestro asunto concierne, el artículo 55,b) del Estatuto de los Trabajadores, en los términos establecidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, y con la modificación posteriormente introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual será nulo el despido de la trabajadora embarazada desde la fecha de inicio del embarazo, sin que el precepto exija la necesidad de acreditar que el empresario era conocedor de dicha circunstancia. Dicha interpretación es, además, plenamente coherente con una difundida doctrina según la cual el "despido" es un concepto genérico equivalente a denuncia unilateral empresarial, que engloba todas las extinciones contractuales que, con uno u otro motivo, se produzcan por decisión del empleador, como es el caso, desde luego, de que éste decide prescindir de los servicios de un trabajador durante el período de prueba.

3.- Entendemos que corrobora la anterior tesis interpretativa, la STJCE 11-noviembre-2010 (Asunto C-232/09, Dita Danosa/LKB Lîzings SIA, cuestión prejudicial planteada por el Augstākās Tiesas Senāts -República de Letonia), dictada en interpretación del referido art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo en un supuesto en el que la normativa nacional autorizaba sin limitaciones el despido o destitución de los miembros del consejo de dirección de las sociedades de capital, en particular con independencia del embarazo de la mujer. En el fallo de dicha sentencia se establece que *"El artículo 10 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación, cuando la persona interesada tiene la condición de #trabajadora embarazada# en el sentido de esta Directiva y el acuerdo de destitución adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo. Aun suponiendo que el miembro afectado de un consejo de dirección no tenga esta condición, no es menos cierto que la destitución de un miembro del consejo de dirección, que desempeña funciones como las descritas en el procedimiento principal, por razón de embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado solo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartados 1 y 7, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, en su versión modificada por la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002"*.

SEXTO.- 1.- Por otra parte, también en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 de 5 -noviembre (Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), se utilizan términos más amplios que el estricto de despido, distinguiendo entre *"decisión extintiva"* y *"despido motivado"*, para justificar las medidas que, en tal extremo de transposición de la Directiva, regula en su texto, señalando que *"El último artículo del Capítulo I prevé las modificaciones que han de realizarse en el Estatuto de los Trabajadores relativas a la extinción del contrato de trabajo. Para ello, se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad, o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación"*.

2.- En nuestra actual legislación, aunque no se denominen de tal forma jurídica, existen también reales despidos sin exigencia formal de expresión de causa aunque con la consecuencia de la necesaria indemnización por extinción contractual, en concreto, por una parte, con carácter general los denominados despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por el empresario en las condiciones del art. 56.2 ET (modificado por Ley 45/2002 de 12 -diciembre); y, por otra parte, siquiera con carácter específico, en análogas condiciones de reconocimiento empresarial de improcedencia cuando se trata de alegados despidos o extinciones por causas objetivas tratándose de contratos para el fomento de la contratación indefinida (art. 3 Ley 35/2010 de 17 -septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que modifica la disposición adicional 1ª.4 de la Ley 12/2001 de 9 -julio). Con la consecuencia de que, en ninguno de tales supuestos, cabe poner en duda que sería plenamente aplicable el ahora cuestionado art. 55.5.b) ET cuando el despido afectara a trabajadoras embarazadas.

SÉPTIMO.- Las diversas garantías del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, se plasman, en la normativa comunitaria y en la nacional, en múltiples aspectos de la relación de trabajo, no solamente frente al despido, sino también en otros ámbitos como los afectantes a la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo; lo que obliga a entender, dada su finalidad global protectora de tales situaciones que afectan específicamente a la mujer, que no existe fundamento, -- aunque hipotéticamente no se proclamara expresamente en la normativa aplicable --, para efectuar distinciones atendida la naturaleza de la relación de servicios o en base a que para su válida extinción en determinados supuestos se exija o no la concurrencia formal de expresión de causas de diverso carácter.



OCTAVO.- 1.- Con anterioridad a la nueva jurisprudencia constitucional sobre la extinción del contrato de trabajo tratándose de mujer embarazada (reflejada en las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009), el Tribunal Constitucional había examinado la resolución del contrato de trabajo de una mujer embarazada durante el período de prueba, afirmándose que aunque dicha resolución no consistía en un despido causal fundado en motivos tasados sino en una decisión no motivada, resultaba igualmente ilícita una resolución discriminatoria, aplicando para su determinación los mismos parámetros que para los restantes derechos fundamentales.

2.- En el sentido expuesto, la STC 94/1984 de 16-octubre al resolver el problema relativo a la posibilidad de valorar la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 CE , señalando que no debían establecerse distinciones en razón a que se tratara de " *despido causal fundado en una serie de motivos tasados* " o de " *decisión no motivada* ", y afirmaba que " *el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino en confrontación con un precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado. Y atendiendo al mandato constitucional habrá de completarse aquella proposición en el sentido de que la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales* ", concluyendo " *que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 ET , y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española* " .

3.- La anterior doctrina se reitera en la ulterior STC 66/1988 de 26-septiembre , en la que, equiparando a efectos de protección de los derechos fundamentales la extinción contractual durante el período de prueba al despido, aplica a la extinción durante el periodo de prueba ex art. 14.2 ET los principios básicos de la extinción por despido obligando a la empresa a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria, argumentando que " *En el caso ... el INSALUD, como pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria. Este deber ha sido señalado, por lo demás, por este Tribunal Constitucional al propugnar con su doctrina el uso de la inversión del onus probandi. Así se dijo ya en su STC 38/1981 ...: «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional».* Doctrina reiterada mutatis mutandi, en las SSTC 103/1983 y 104/1983 . Es aplicable aquí, en consecuencia, por semejanza de los hechos, sustancialmente considerada, la doctrina precedentemente expuesta, y estimar que el INSALUD, pese a sus facultades resolutorias al amparo del art. 14.2 ET , traspasó indebidamente el ámbito de la legalidad, contra un derecho fundamental (art. 14 C. E.), produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón del sexo " .

4.- En la STC 17/2003 de 30-enero , aun referida a un supuesto ordinario de despido, ya se anunciaba la posible incidencia de la Ley 39/1999 de 5 -noviembre en la doctrina constitucional, señalándose que " *Quedan al margen de esa conclusión las consecuencias que lleven aparejadas las intervenciones legislativas que se han producido con posterioridad a los hechos enjuiciados y siguiendo las prescripciones del ordenamiento comunitario, aprobando una reforma para dar una protección singular frente a la finalización del contrato de trabajo de la mujer embarazada o en permiso de maternidad* " .

5.- Por último en este apartado, en la STC 17/2007 de 12-febrero , relativa a una extinción contractual de una trabajadora embarazada por alegada no superación del periodo de prueba, se aplican las reglas ordinarias de protección, razonándose, con carácter general, que " *dado que la parte recurrente se considera discriminada por razón de sexo al haber sido despedida por causa de las bajas laborales que su estado de gestación le produjo, se hace preciso recordar que, como este Tribunal ha tenido ocasión de mantener, tal tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo doctrina precedente, SSTC 175/2005, de 4 de julio ...;*



182/2005, de 4 de julio ..., y 214/2006, de 3 de julio ...). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio ...; 20/2001, de 29 de enero ...; 41/2002, de 25 de febrero ...; 17/2003, de 30 de enero ...; 98/2003, de 2 de junio ...; 175/2005, de 4 de julio ...; 214/2006, de 3 de julio ...; y 342/2006, de 11 de diciembre ... "; y destacando, en lo que ahora más directamente nos afecta, sobre el control de constitucionalidad de las decisiones extintivas no causales, que " *Partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, la doctrina de este Tribunal ha estimado diversos recursos de amparo por este motivo también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto sobre resolución del contrato de trabajo en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre), o la no renovación de contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio)* ".

NOVENO.- 1.- Como advierte el Ministerio Fiscal en su razonado informe, si bien esta Sala de casación no ha abordado hasta ahora de forma directa la nulidad en los supuestos de extinción del contrato durante el periodo de prueba en relación con la situación de embarazo de las trabajadoras no conocida por el empresario, si la ha sancionado, de conformidad plena con la doctrina aplicable a los supuestos de despido, en su STS/ IV 28-abril-2010 (rcud 1113/2009, dictada en Sala General), – en la que se resolvía sobre el despido de una trabajadora embarazada por no superación del período de prueba, en relación a la cuestionada extinción del contrato temporal que había suscrito por alegada expiración del plazo durante la tramitación del proceso por despido nulo –, afirmandose expresamente que " *El derecho de la trabajadora a no ser discriminada por su situación ha sido tutelado al declarar la nulidad de su despido por la no superación del periodo de prueba, al no haberse acreditado por la empresa que el cese no tuviese relación alguna con el embarazo de la actora, cual se deriva del artículo 55-5 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre* ".

2.- Aunque se interpretara que la afirmación contenida en la citada sentencia dictada en Sala General si bien constituye un importante " *obiter dicta* " no es creador de jurisprudencia unificada, los argumentos que venimos exponiendo entendemos que avalan la solución de que una vez nuestro legislador ha optado por otorgar una protección reforzada incrementando las ordinarias las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, al igual que se venía efectuado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria cuando, sin distinción entre decisiones empresariales extintivas causales y no causales (incluyendo, entre estas últimas, el cese o desistimiento a decisión empresarial durante el período de prueba), se aplicaba la anterior normativa de protección de la trabajadora embarazada frente al despido.

3.- En definitiva, entendemos quienes suscribimos este Voto particular, que una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, tanto más cuanto, como ha señalado la más reciente doctrina constitucional, esta última cuestión " *pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer* ".

4.- Por tanto, la protección legal y su desarrollo constitucional en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en los supuestos de despido que en los de extinción contractual durante el periodo de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el art. 14.2 ET para el período de prueba. Por lo que en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba que afecte a una trabajadora embarazada, aun sin conocimiento por parte de la empresa de tal situación, la sola concurrencia de dicho estado es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación; por lo que, en consecuencia, para declarar la procedencia del cese sería exigible que el empresario acreditara que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo, y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.



DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, entendemos que la sentencia de contraste era la que contenía la doctrina jurídicamente correcta, por lo que debería haber sido casada y anulada la sentencia recurrida, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, ante la falta de acreditación empresarial de que el cese por alegada no superación del período de prueba no tiene relación alguna con el embarazo de la trabajadora demandante, y no acreditarse que responde a una causa real, suficiente sería, deberíamos haber declarado que su decisión extintiva constituía un despido que debía ser calificado de nulo, con las consecuencias a ello inherentes (art. 55.5 y 6 ET); pues la falta de rendimiento alegado no encontraba justificación en los hechos probados de la sentencia de instancia modificados en suplicación dada la cuantía de lo percibido en concepto de comisiones, que era la única forma de salario pactada y que resultaba cuantitativamente superior al mínimo contractualmente exigido (aunque se obviara la circunstancia de que el periodo pactado de determinación del rendimiento era de dos meses, los que no llegó a alcanzar la actora) y, por otra parte, que con respecto al otro trabajador varón al que ese mismo día se le extingue el contrato por alegada no superación del periodo de prueba no constaba circunstancia alguna, distinta de la libre decisión empresarial, para efectuarlo al no figurar datos sobre su posible rendimiento que pudieran servir de elemento comparativo, en su caso, respecto a la actividad de la trabajadora embarazada demandante.

Madrid 18 de abril de 2011

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Lourdes Arastey Sahun así como el voto particular formulado por los/as Excmos./as. Srs./ Sras. Magistrados/as D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agustí Julia, Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Dña. Rosa Maria Viroles Piñol y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.