

## EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Pablo de Olavide

---

### LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS

*Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio*

FERNANDO ELORZA GUERRERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La trabajadora demandante se encontraba embarazada en el momento de ser despedida, si bien formalmente no resulta probado si ello lo conocía la empresa. Es despedida mediante carta en la que se hace constar la imposibilidad de mantener sus servicios por el encarecimiento de su nómina y por la innecesariedad de su puesto de trabajo. Sin embargo, en el mismo acto de despido, la empresa reconoce la improcedencia del mismo y ofrece a la trabajadora la indemnización legal correspondiente. La trabajadora pretende que su despido se declare nulo por haber sido despedida mientras se encontraba embarazada.

#### RESUMEN

- 1) El art. 55.5 b) ET configura la “nulidad objetiva” de todo despido producido 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.
- 2) Esta nulidad objetiva es distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero del art. 55.5 ET, respecto de la que rige la denominada doctrina de la prueba indiciaria, en virtud de la cual se ha de declarar nulo todo despido en el que, tras haber aportado la trabajadora un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio.

\* Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- 3) La Ley 39/1999 añadió un nuevo supuesto de nulidad al ya contemplado por el art. 55.5 ET. Y lo hace sin exigir ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo, delimitando el ámbito temporal de la garantía que implica el establecimiento de la nulidad objetiva por referencia a la “fecha de inicio del embarazo”, a no confundir ésta con la fecha en que la trabajadora pudiera tener conocimiento del mismo.
- 4) El art. 55.5 b) ET configura un mecanismo de “garantía reforzada” en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee una clara relevancia constitucional, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), y que resulta, a su vez, plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), al tiempo que refuerza otras finalidades constitucionales, como la protección de la salud y seguridad o la de la familia y los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora a favor de su maternidad con una “garantía de indemnidad” reforzada.
- 5) Se ha vulnerado por la jurisdicción ordinaria el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al desestimar la pretensión de nulidad de la actora con un razonamiento parco, que impide considerar una tutela suficiente y eficaz ex art. 24.1 CE.

## ÍNDICE

1. LA DOCTRINA JURISDICCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESPIDO DE TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE EMBARAZO
2. APORTACIONES DE LA NUEVA DOCTRINA PLANTEADA EN LA STC 92/2008
3. APUNTE CRÍTICO

### 1. LA DOCTRINA JURISDICCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESPIDO DE TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE EMBARAZO

La Sentencia que analizamos en esta ocasión incrementa el acervo jurisprudencial en torno a la protección jurídica de la trabajadora embarazada. La jurisprudencia del TC existente hasta el momento había centrado sus esfuerzos en clarificar hasta qué punto el conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo de una trabajadora resultaba clave a la hora de apreciar una posible vulneración por la empresa de derecho de la misma a la no discriminación por razón de sexo.

El punto de partida de esta doctrina bien podemos situarlo en la consideración de que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer

trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo” (STC 182/2005). De tal manera que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede encubrir una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que la decisión tomada responde a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate (STC 38/1981). Es en este contexto donde cobra importancia el factor del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de la trabajadora.

Cuestión que en el pasado, y como es conocido, se ha abordado fundamentalmente por el TC en tres pronunciamientos, cuyo doctrina principal podría resumirse señalando que para el Alto Tribunal el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora –bien porque conste el mismo en los hechos probados de la sentencia, bien porque aún no constando expresamente existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión–, constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido. Sentencias citadas por cierto por el TC en el caso que analizamos:

- a) STC 41/2002: donde en los hechos probados constaba el desconocimiento por la empresa demandada de la situación de embarazo de la trabajadora, razón por la que el Tribunal consideró que en estos casos “resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia” (F.J. 4º).
- b) STC 17/2003: en la que aún no constando en los hechos probados el conocimiento por la empresa del estado de embarazo de la trabajadora, el Tribunal consideró que dicha circunstancia no era por sí misma suficiente como para rechazar la existencia de un panorama indiciario de la lesión de derechos fundamentales, toda vez que la situación de la trabajadora era conocida por lo compañeros de trabajo y la decisión extintiva se produce en un momento temporal muy próximo al del conocimiento por estos compañeros de la situación referida.
- c) STC 62/2007: en la que se apreció una vulneración del art. 15 CE, aún no estando acreditado el conocimiento, en este caso por al Administración, de la situación del embarazo de la trabajadora, toda vez que sí se demostró el conocimiento en un momento inmediatamente posterior por aquélla, de forma que “la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados”.

## 2. APORTACIONES DE LA NUEVA DOCTRINA PLANTEADA EN LA STC 92/2008

Como hemos visto hasta el momento el TC había elaborado una doctrina en relación con el despido de trabajadoras embarazadas que básicamente venía a admitir la inversión de la carga de la prueba, en relación con el despido de trabajadoras embarazadas, no sólo cuando se probaba el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de dichas trabajadoras, sino también cuando se podía considerar que el mismo era probable, siendo un claro ejemplo de esto último la forma en cómo el TC resolvió el asunto enjuiciado en la STC 17/2003, en la que se apreció vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, en un caso en el que, si bien no se probó de forma expresa el conocimiento del embarazo por la empresa, se tenía constancia de que personas con cargos en la empresa tenían noticia de tal circunstancia, al tiempo que quedaba “al margen de toda duda la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción”. Normalmente, la aproximación al fenómeno que nos ocupa se había producido por parte del TC analizando los recursos de amparo desde la perspectiva del art. 14 CE (derecho a la discriminación por razón de sexo), y sólo en alguna ocasión, como en la STC 17/2003 citada, la cuestión se había abordado desde la perspectiva del art. 15 CE (derecho a la integridad física)<sup>1</sup>.

En ese sentido, la STC que comentamos en estos momentos resulta novedosa en dos ordenes de cosas:

- a) Uno, por lo que respecta a la perspectiva desde la que el TC se aproxima al asunto enjuiciado: en el presente caso el art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).
- b) En segundo lugar, en relación con la doctrina que justifica y respalda la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, que, como veremos un poco más adelante, registra nuevas aportaciones respecto a los planteamientos ya asentados por el Alto Tribunal.

En relación con la primera cuestión, la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), hay que recordar que el TC entra a considerar esta perspectiva toda vez que ha resuelto la no existencia de discriminación en el sentido del art. 14 CE, al entender no acreditada la existencia de un despido motivado por el embarazo, toda vez que no aportó la trabajadora al

<sup>1</sup> El distinto enfoque en este caso se explica por la orientación del recurso de amparo planteado.

proceso, como exige la vigente doctrina del TC, indicios de vulneración de su derecho fundamental. De tal manera, que el Alto Tribunal, en consonancia con una de las quejas que plantea la trabajadora en su recurso de amparo, considera razonable entrar a valorar hasta qué punto no se vulnera el mentado derecho a tutela judicial efectiva desde el momento en que los Tribunales han exigido un requisito –la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo–, que la norma legal –entiéndase art. 55.5 b) ET– no alberga.

La aproximación a esta cuestión se realiza por el TC advirtiendo en primer término que en el presente caso, y de conformidad con la doctrina ya consolidada del propio Tribunal, el canon interpretativo a aplicar tiene que tener el carácter de “reforzado” y las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva deben ser distintas y más estrictas, toda vez que un derecho fundamental como el de no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE), está en juego o puede resultar afectado, si la resolución judicial que resuelve el caso no expresa o trasluce una “argumentación axiológica que sea respetuosa” con el contenido del derecho fundamental en cuestión. Para el TC, las resoluciones judiciales que conocieron en asunto litigioso en manera alguna satisfacen dicho “canon de motivación reforzado”. Y ello porque para el TC –al margen de la parquedad de los pronunciamientos judiciales preexistentes al presente recurso – si nos atenemos a los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3 Cc), además del criterio último que es la conformidad con la CE, “la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) 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” (F.J. 8º)<sup>2</sup>.

Se configura en ese sentido –segunda cuestión novedosa de la Sentencia– una suerte de “nulidad objetiva”, que como el propio Tribunal se preocupa en subrayar, resulta “distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero” del art. 55.5 ET “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” (F.J. 8º párrafo 4º in fine). Con ello, a juicio de nuestro TC, el legislador ha configurado “un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional” (F.J. 8º párrafo 6º). Para el TC del tenor legislativo se derivan todo tipo de ventajas (F.J. 8º párrafo 6º):

<sup>2</sup> De manera contundente afirma, a mayor abundamiento, 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 período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide” (F.J. 8º).

- a) Desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo, el art. 55.5 b) ET refuerza dicho derecho constitucional al dispensar a la trabajadora de la obligación de practicar una prueba, como es la del conocimiento por la empresa de la situación de embarazo de la misma, que en ocasiones puede resultar de una significativa complejidad.
- b) Se trata de un reforzamiento legislativo que, además, resulta, a juicio del TC, plenamente coherente con el reconocimiento del derecho de la trabajadora a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), desde el momento en que se le exonera “de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí”.
- c) Por último, refuerza igualmente otros fines constitucionales como “la protección de la salud y su seguridad” a que se refiere la Directiva Comunitaria 92/85/CE, o la protección de la familia y de los hijos, “amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una “garantía de indemnidad” reforzada”.

### 3. APUNTE CRÍTICO

La presente Sentencia debe considerarse sin duda importante dentro de lo que es la construcción doctrinal que en nuestro país los Tribunales han ido elaborando en los últimos años en relación con la protección de la posición jurídica de la mujer trabajadora frente a realidades que dificultan su pleno desarrollo en el mercado laboral. Que duda cabe que la doctrina de la nulidad objetiva, en cuanto nulidad que opera 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”, constituye un paso más, y no pequeño, en la configuración de un entramado jurídico que garantice la igualdad real y efectiva de la mujer trabajadora. Otra cosa es que esa protección jurídica pueda considerarse como excesiva, por perjudicial, para las aspiraciones de las mujeres a la hora de incorporarse al mundo del trabajo, desde el momento en que dicha protección pudiera percibirse por los empresarios como una complicación añadida en la gestión del personal que haga que los mismos incrementen sus reticencias a contratar trabajadoras.

No obstante lo dicho, nuestro interés en el presente caso se ha de centrar, como no puede ser de otra manera, en el análisis crítico de los argumentos jurídicos con los que el TC ha construido esta doctrina de la nulidad objetiva del despido de toda trabajadora embarazada. Y en ese sentido, el primer aspecto a

reseñar guarda relación con la forma en que nuestro Alto Tribunal se aproxima a la resolución del recurso de amparo: la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

Como de todos es conocido, la doctrina del TC en relación con el contenido y alcance del art. 24 CE ha experimentado en los últimos años una cierta evolución pasando de la enunciación de una serie de derechos que se consideraban insertos en ese derecho a la tutela judicial efectiva (derecho a una resolución judicial, a un resolución fundada en derecho, a la ejecución de la sentencia, etc.)<sup>3</sup>, y que permitía hablar de un “contenido positivo” de este derecho, a una suerte de derecho–reacción “frente a excesos o defectos intolerables en el obrar de los tribunales de justicia, y por ende, frente a daños verdaderos y propios en el derecho de la parte que tiene entidad por sí mismos y que le dan sentido a una infracción procesal que, sin ellos, no sería constitucionalmente relevante sino expresiva de la tarea de aplicación de la legalidad ordinaria que incumbe a los jueces y tribunales laborales”<sup>4</sup>. Y por ello, se invocan tan frecuentemente conceptos como la falta de fundamentación de la Sentencia recurrida en amparo, el error, la incongruencia, la arbitrariedad, etc., términos que desde luego, y como en algún caso se ha destacado<sup>5</sup>, remiten a la “no justicia”, en lugar de perfilar lo que es la dispensación de justicia.

Pues bien, como hemos señalado, este es el camino que decide coger el TC para aventurarse en el enjuiciamiento del recurso que se le plantea. Una idea que, no sin razón, no ha terminado de convencer a algunos especialistas que han manifestado ya su discrepancia con el “pie forzado con que el Tribunal Constitucional aborda el asunto”<sup>6</sup>, al considerar que no es apreciable una vulneración de la tutela judicial efectiva por insuficiente motivación de la Sentencia, y que “quizá hubiera sido mejor abordar de manera frontal el tema, desde la óptica de la no discriminación (art. 14 CE), entendiéndolo que estamos ante un contenido (¿adicional?) del derecho en cuestión”. Ciertamente, y aunque, por ejemplo, el TSJ podía haber sido más explícito en la resolución del pertinente recurso de suplicación, no creemos que la Sentencia recurrida pueda conside-

<sup>3</sup> A estos efectos puede resultar de interés la consulta de IGARTUA MIRÓ, M.: *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, CES, Madrid, 2008, en particular págs. 31 y ss.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., MORALES ORTEGA, J.M., y PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “El contenido del art. 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/02: continuidad básica con variaciones”, RL, Tomo I, 2003, pág. 278.

<sup>5</sup> De nuevo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., MORALES ORTEGA, J.M., y PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “El contenido del art. 24 CE...”, op. cit., pág. 278–279.

<sup>6</sup> SEMPERE NAVARRO, V.A.: “Protección objetiva de la embarazada frente a su despido”, <http://nuevo.westlaw.es/wles/app/print/document/init?with-text=true&content-type=bi>, pág. 13.

rarse insuficientemente motivada –el TC refiere que “lo primero que se advierte es la parquedad del razonamiento”–, otra cosa es que se aprecie que el fallo en ese caso no es conforme con las exigencias que se derivan del derecho consagrado en el art. 14 CE.

Con todo, el TC no termina de perder de vista al art. 14 CE en el presente caso, y prueba de ello es que justamente antes de entrar al nudo de la cuestión y exponer su opinión al respecto el Alto Tribunal plantea que, en esta ocasión, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son “distintas y más estrictas”, “reforzadas”, al estar “implicado (...) vinculado (...) en juego (...) o afectado” por la resolución judicial que se emita un derecho fundamental (F.J. 6º párrafo 3º), en nuestro caso el mencionado art. 14 CE. Plantea por tanto el TC la apreciación en esta ocasión de un canon reforzado de motivación que se traduciría, desde la perspectiva de la art. 24.1 CE, en la exigencia, “además de una resolución motivada y fundada en Derecho”, de “una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (...) que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido”.

Largo camino éste el elegido por el TC, si se compara con la otra opción que entendemos posible –la consideración del asunto como un caso en el que lo que está en juego es la posible vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE)–, y que a nuestro juicio registra, además, dos inconvenientes adicionales:

- a) Por un lado, el enjuiciamiento del caso partiendo de la posible vulneración de la tutela judicial efectiva lleva al TC a tratar con dureza las posiciones manifestadas por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, lo que no estimamos acertado por lo menos en el caso del TSJ, pues como hemos referido anteriormente no creemos que exista falta de motivación de la Sentencia, aunque la misma sea parca, otra cosa es que el fallo pueda considerarse que no se ajusta al art. 14 CE. Los órganos judiciales ordinarios pueden tener la impresión de que más que una cuestión de constitucionalidad se invade su competencia para interpretar la legalidad ordinaria.
- b) No se plantea claramente como una aportación más a la doctrina judicial sobre discriminación la fundamentación jurídica que justifica el otorgamiento de amparo a la trabajadora. O dicho de otra manera, se pierde la oportunidad de presentar de una manera directa una aportación en materia de no discriminación como la que nos ocupa, tratando el asunto como un caso típico de potencial discriminación por razón de sexo; en su lugar se resuelve la cuestión considerando que estamos ante una posible vulneración de la tutela judicial efectiva que deriva en su caso, y en segunda instancia, hacia una vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

De todas formas, que no compartamos la forma en como el TC ha llegado a la solución que se expresa en el fallo de la Sentencia, no significa que no estemos de acuerdo con el mismo. Que la Directiva 92/85/CE exija para considerar a una trabajadora como embarazada la comunicación de su estado al empresario indudablemente no tiene por qué llevarnos a concluir que la nulidad del despido sólo cabe planteársela cuando dicha comunicación se haya producido, o cuando, en aplicación de la doctrina del TC, existan indicios de tal conocimiento por el empresario. Coincidimos por tanto con el TC en que la legislación española partiendo del análisis del art. 55.5 b) ET resulta en ese sentido mucho más garantista para las trabajadoras, y que el tenor del citado art. 55.5 ET da pie al establecimiento de diferencias entre los dispuesto en el párrafo 1º del art. 55.5 ET y la regla consagrada en el art. 55.5 b) ET. En ese sentido, se podría considerar al art. 55.5 b) ET como una garantía legal reforzada a situar en el contexto del contenido adicional del derecho a la no discriminación (art. 14 CE).

Pero si recuerda el lector, hemos comentado anteriormente que para el TC el mecanismo de garantía reforzada que establece el art. 55.5 b) ET resulta especialmente pertinente desde la perspectiva del art. 18. CE al exonerar a la trabajadora de la obligación de declaración previa de su situación, “sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí”. No se ha de olvidar que este derecho “supone ante todo una garantía de un ámbito reservado de la propia persona y de su vida “interna” y externa frente a la acción y al conocimiento de terceros, tanto los poderes públicos como las personas”<sup>7</sup>, implicando por tanto un “poder de evitar indagar, “espíar”, ejercer controles, o conocer extremos relativos a la esfera de la intimidad”. Y que desde esa perspectiva la trabajadora lo único que tendría que evidenciar en el juicio sobre el despido es el dato incontestable de su situación de embarazo.

Por supuesto, entendemos que el embarazo que desencadena la aplicación de la teoría de la nulidad objetiva es aquél que existe justamente en el momento anterior a que el despido se haga efectivo. Aunque también conviene advertir que dicha nulidad sólo podrá ser efectiva, lógicamente, si la trabajadora conoce de su estado antes de que prescriba el plazo para presentar la correspondiente demanda de despido. De manera que, en aquellos casos en que el conocimiento del embarazo se produzca más allá de los veinte días de plazo existente para impugnar el despido, habría que entender, lógicamente, que la acción en Derecho no sería posible.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Contrato de trabajo e intimidad del trabajador*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pág. 15.

Ciertamente, esta doctrina del TC vuelve a hacer realidad, una vez más, la apreciación efectuada por los especialistas en el sentido de que “la normativa sobre protección del embarazo y la maternidad proporciona un ejemplo típico de supuestos en que circunstancias personales del trabajador se interiorizan en la vida de la empresa, y prevalecen sobre los requerimientos organizativos y económicos de ésta, en atención a la relevancia general del interés del trabajador”<sup>8</sup>. La cuestión es si la garantía reforzada que supone la nulidad objetiva no incidirá, desgraciadamente, de una forma negativa sobre las expectativas de colocación de las mujeres trabajadoras ante las retenciones empresariales, como hemos señalado anteriormente. Lo que sí es claro es que esta doctrina supone un paso cualitativo importante en la protección antidiscriminatoria de la mujer trabajadora, de la misma manera que, y en eso coincidimos con el TC, se ajusta al cumplimiento de otros fines constitucionales como la protección de la familia y de los hijos, al proteger en mayor medida la decisión de la trabajadoras de ser madres y traer hijos al mundo.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, TL, núm. 79, 2005, pág. 67.