

Nulidad del despido de una trabajadora embarazada

Síntesis anotada de la Sentencia del T.S.J. de La Rioja de 25 de marzo de 1999

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de La Rioja.

I. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO. ANTECEDENTES

La trabajadora, que presta sus servicios como visitadora-vendedora de un centro de trabajo dedicado a la compraventa de inmuebles, se halla embarazada de varias semanas y dos días después de recibir los resultados ecográficos la empresa le comunica que finaliza su contrato de trabajo temporal de seis meses –“para la puesta en marcha y apertura de un nuevo centro de trabajo...”– y que, por tanto, quedará rescindida su relación laboral causando baja en la misma.

Frente a tal comunicación, interpone demanda ante el Juzgado de lo Social en Logroño y éste, por Sentencia de 8 de octubre de 1998, declara que la extinción del contrato constituye un despido improcedente, condenando a la empresa a que, a su opción, readmita a la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a que le abone la correspondiente indemnización.

Ambas partes en conflicto –empresa y trabajadora– recurren en suplicación

dicha Sentencia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en Sentencia de 25 de marzo de 1999 parte del relato fáctico ya descrito y declara probado además que, en el preceptivo acto de conciliación anterior al proceso que culmina con la Sentencia recurrida y que resultó sin avenencia, la empresa reconoció la improcedencia del despido ofreciendo la correspondiente indemnización (extremos que adiciona al hecho probado quinto) y que, las compañeras de la trabajadora, con su misma categoría profesional, fueron cesadas pero vueltas a contratar con un contrato por tiempo indefinido (nuevo hecho probado cuarto). A la vista de los hechos y tras examinar el derecho aplicado en la Sentencia recurrida, la Sala, con estimación del recurso, revoca la Sentencia del Juzgado y declara nulo el despido condenando a la empresa a la inmediata readmisión de la trabajadora más al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que aquel se produjo.





II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La fundamentación de la Sentencia del TSJ de La Rioja, junto al análisis de alguna otra cuestión alegada por la trabajadora en el escrito del recurso, –como la aplicación indebida del Convenio Colectivo para la actividad de Oficinas y Despachos de la provincia de Burgos (fundamento jurídico sexto), que resulta desestimada al quedar definitivamente acreditada la actividad de la empresa en los términos arriba expuestos (“gestión o intermediación en la compraventa de inmuebles y no la de inmobiliaria en el amplio sentido que comprende la promoción y construcción de edificaciones”)–, se centra en la calificación jurídica del despido que, en opinión de la recurrente, debió declararse nulo –y no improcedente– por ser discriminatorio y contrario al art. 14 de la Constitución Española –CE– y 17 del Estatuto de los Trabajadores (R.D.Leg. 1/1995, de 24 de marzo –LET–).

La argumentación del Tribunal Superior, que le lleva a acceder a la pretensión revisoria solicitada, se vierte en los fundamentos jurídicos quinto y séptimo y discurre en una triple dirección:

A Conforme a la doctrina constitucional el trato desfavorable basado en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye una discriminación por razón del sexo, proscrita por el art. 14 CE y las normas internacionales.

B La empresa demandada no ha probado, como le corresponde en aplicación de la doctrina sobre traslación de la carga de la prueba en los supuestos en que se alegue discriminación, que su decisión extintiva obediera a una justificación objetiva y razonable, ajena a cualquier propósito discriminatorio en razón del embarazo de la trabajadora.

C La decisión extintiva del empleador es nula por discriminatoria y por tanto procede la aplicación al supuesto contro-

vertido de las consecuencias jurídicas contempladas en el art. 55.5 y 6 LET y no las propias del despido improcedente.

1 **Trato peyorativo de la mujer durante el embarazo. Discriminación por razón del sexo y protección de la mujer encinta frente al despido.**

El art. 14 CE prohíbe la discriminación “por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y, en coherencia con él y dictado en su desarrollo, el art. 17 LET declara nulas y sin efecto las “decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones... favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

El alegado carácter discriminatorio de la decisión extintiva empresarial tendría su fundamento, en el supuesto controvertido, en el embarazo de la trabajadora. Este no se contempla expresamente como factor discriminatorio por ninguno de los referidos artículos y aunque pudiera considerarse una “circunstancia personal” de las aludidas por el art. 14 CE, es lo cierto que no encuentra expreso acomodo en el tenor literal del art. 17 LET al enumerar éste las circunstancias determinantes del carácter discriminatorio de las decisiones unilaterales del empresario sancionables con la nulidad. Sin embargo, según una reiterada doctrina constitucional se incluye como un factor discriminatorio por razón del sexo y como tal las decisiones peyorativas relativas al empleo y demás condiciones de trabajo, incluido por tanto el despido, basadas en él, merecen la protección dispensada por este último precepto.

La Sala de lo Social del TSJ de La Rioja hace suya la mencionada doctrina invocando las pertinentes Sentencias del

Tribunal Constitucional y en particular un fragmento de la *Sentencia n.º 136, de 23 de julio* –Fundamentos 5 y 6–, según la cual “*La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (S. TC 173/1994, fundamento jurídico 2.º). Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE*”. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declararlo incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SS. TC 94/1984 y 166/1988) o la no renovación de un contrato temporal (S. TC 173/1994) y *sin duda la conclusión debe proyectarse a decisiones causales, como es el despido*”.

Para corroborar dicha tesis en lo relativo a su incidencia sobre el despido, la Sala acude a las pautas interpretativas que el art. 10.2 CE le proporciona y a tal efecto repara, en primer lugar, en las normas de la OIT protectoras de la mujer embarazada frente al mismo señalando cómo “prescribe el art. 5.d) del Convenio n.º 158 de la OIT que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. El Convenio n.º 103 de la OIT precisa el alcance y ámbito temporal de la prohibición y, tras declarar que la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo (art. 3.5), reputa ilegal que por y durante tal ausencia al trabajo el empleador/a comunique a la mujer su despido (art. 6); análogas previsiones contempla el art. 4 del Convenio n.º 3” y cómo “de otra parte, según el art. 4.1 de la Recomendación n.º 95, también de la OIT, el período durante el



■ Ecografía de corazón fetal.

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO COMPRENDE AQUELLOS TRATAMIENTOS PEYORATIVOS QUE SE FUNDAN NO SÓLO EN LA PURA Y SIMPLE CONSTATAción DEL SEXO DE LA VÍCTIMA, SINO EN LA CONCURRENCIA DE RAZONES O CIRCUNSTANCIAS QUE TENGAN CON EL SEXO DE LA PERSONA UNA CONEXIÓN DIRECTA E INEQUÍVOCA.

TAL SUCEDE CON EL EMBARAZO, ELEMENTO O FACTOR DIFERENCIAL QUE, POR RAZONES OBVIAS, INCIDE DE FORMA EXCLUSIVA SOBRE LAS MUJERES

1

Las cursivas, a lo largo de toda la síntesis, son personales.

cual será ilegal para el empleador/a despedir a una mujer debería comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. Y al respecto la *Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras*, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo (art. 8.1)”.

En segundo lugar, realiza una apretada pero reveladora síntesis de los textos y la jurisprudencia comunitaria que deparan “una solución análoga” y partiendo de ellas razona que, de una parte, “De los arts. 1.1, 2, aptdos. 1 y 3, y 5.1 de la *Directiva 76/207/CEE* se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (S. *TJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz*), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (*Sentencia de la misma fecha recaída en el asunto Dekker*), y la ruptura del contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impide temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (S. *TJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann-Beltermann*)”. De otra parte, confirma cómo “Posteriormente, la *Directiva 92/85/CEE* estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado a la empresa, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o las prácticas nacionales (art. 10.1). Precepto éste que –como ha destacado la S. *TJCE de 14 de julio de 1994, asunto Webb*– «no ha previsto ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta durante dicho período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada»”.

2

El carácter discriminatorio de la extinción contractual: una cuestión de prueba.

Constatado que las discriminaciones por razón del embarazo, y en particu-

lar las que determinan el despido de la mujer trabajadora, se acogen a la prohibición y consiguiente sanción contenidas en el art. 14 CE y 17 LET, la cuestión se centra en dilucidar si la extinción del contrato de trabajo temporal en el caso enjuiciado efectivamente se produjo por hallarse la actora encinta o si, por el contrario, obedeció a cualquier otro motivo, ajeno a esta circunstancia y estrictamente relativo a la relación de trabajo. Es esta una cuestión probatoria que remite a la normativa procesal y de nuevo a la jurisprudencia ordinaria y constitucional que la interpreta.

Dispone el art. 96 de la *Ley de Procedimiento Laboral* (R.D.Leg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –LPL–) que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón del sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” y tal previsión, que se reproduce en relación con los procesos de violación de la libertad sindical (art. 179 LPL) u otros derechos fundamentales (art. 182 LPL), supone una particular distribución de la carga de la prueba frente a lo dispuesto en el art. 1.214 del *Código Civil* (C.C.) y requiere de presupuestos específicos –“indicios de discriminación”– determinantes de su aplicación.

1

La doctrina constitucional sobre la traslación de la carga de la prueba ante la existencia de indicios de discriminación.

Partiendo del citado art. 96 LPL y de la doctrina constitucional contenida en la S. TC 38/1981, el TSJ de La Rioja recuerda cómo, cuando se alega que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexo causal lesiva de los derechos fundamentales del trabajador/a, “incumbe a la empresa probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional”. Pero para que opere este desplazamiento a la empresa



del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador/a tilde el despido de discriminatorio, sino que *ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria*, la empresa asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador/a hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. *No se impone, pues, la empresa la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.*

En consecuencia, cuando se ventile una vulneración del *art. 14 CE*, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta

discriminatoria por razón de sexo, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímilmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador/a, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio (SS. TC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993 y 180/1994).

2

La doctrina probatoria en el despido discriminatorio y su desviación de los principios clásicos en la materia: la liberación a la trabajadora de la prueba plena.

La doctrina constitucional expuesta y aplicable a los despidos discriminatorios, ciertamente difiere del principio clásico contenido en el *art. 1.214 C.C.* según el cual “incumbe la carga de la prueba de los hechos normalmente constitutivos de un derecho a aquel que lo alega en el proceso y de los impeditivos extintivos y excluyentes al que también los alega” y por cuya virtud debería ser el trabajador –en este caso la trabajadora– quien probase la existencia de la discriminación alegada. Sin embargo, la Sala recuerda como el mencionado principio “conoce una grave crisis jurisprudencial, a través de los principios modernos de la facilidad y sensibilidad probatoria”.

Trayendo a colación la *S. TSJ del País Vasco de 23 de febrero de 1998*, el TSJ de La Rioja razona cómo “En el proceso social, toda vez que el trabajador es el que mayoritariamente agita y se aprovecha del principio «pro operario» estos principios jurisprudenciales son menos novedosos que en otros ámbitos, e incluso existen normas positivas que en ellos se basan... más en el campo de los procesos de tutela de los derechos fundamentales, con transvase al des-

pido discriminatorio, impera lo que se suele llamar con impropiedad que denuncia la doctrina científica, *inversión de la carga probatoria* (ex. *art. 179.2 LPL*), lo que por otra parte es una doctrina constitucional que arranca de la *S. TC 38/1981*.

En realidad *no se trata de una inversión genuina*, puesto que, *ante la simple constatación de indicios de discriminación, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, de manera que, alegada la discriminación, no se invierte la carga de la prueba de lo contrario*, que como hecho negativo incurriría en la famosa «diabólica probatio», *sino de liberar al actor la prueba plena, bastándole la indiciaria que mueva a sospechar o presumir el trato discriminatorio lanzando contra el adverso una forzosidad de contraprueba*, ésta sí plena, de que ciertas circunstancias, amén de ser históricamente existentes, fueron las únicas tenidas en cuenta, ajenas en la intención del empresario a todo propósito discriminatorio (SS. TC 266/1993, 180/1994 y 136/1996), lo que supone una reducción de la carga actora y una ampliación de la carga demandada, que tiene que destruir una presunción «ad hominem». Cuando se despide con demostración de los indicados indicios, y no se consiguen probar unos hechos serios y suficientes que, únicos, si abstraerá el sexo y la condición de la despedida, igualmente hubiera justificado el despido, se produce la nulidad por discriminación”.

3

La ausencia de prueba de la justificación objetiva y razonable del despido por el empleador.

La mencionada doctrina constitucional, que –como se ha dicho– libera a quien aduce la discriminación de aportar prueba plena sobre la misma y únicamente le impone la prueba indiciaria, no fue aplicada por la Sentencia del Juzgado Social recurrida. En ella se rechaza la existencia de discriminación aduciendo que “no se puede considerar nulo el despido pues no ha quedado acreditado que el despido haya tenido



por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución y en concreto al de que el móvil haya sido el embarazo de la actora”. En realidad, el criterio a seguir no debió ser la ausencia de prueba plena de que el motivo por el que no se prorrogó el contrato temporal o se novó por otro de carácter indefinido tenga su causa en el hecho de estar embarazada la trabajadora, sino la falta de prueba plena de que el motivo de no realizar tal prórroga o novación contractual nada tuvo que ver con la situación de embarazo de la actora. “En nuestro caso, o en todos en que la decisión empresarial no es disciplinaria –recuerda el TSJ de La Rioja–, la perspectiva constitucional impera indagar la causa que no se aduce, frente a la causa de cobertura, que sí se aduce, y destacar aquélla si ésta no se prueba por quien le compete”.

Y en el supuesto enjuiciado, la Sala afirma que “*existen indicios claros... de una posible discriminación*”: “se ha declarado probado que con fecha 4 de mayo de 1998 la actora acudió al Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, en cuyo Servicio de Tocología le practicaron estudio ecográfico, siendo el diagnóstico gestación de 13,6 semanas –hecho probado segundo–; que dos días después, el 6 de mayo de 1998, la empresa demandada comunicó a la actora que el día 15 de mayo de 1998 finaliza el contrato de trabajo temporal y quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral causando baja en la misma –hecho probado tercero–; que las compañeras de la actora con la misma categoría profesional de visitadora-vendedora (las dos únicas y con la misma antigüedad que ella y números posteriores en el Libro de Matrícula), fueron cesadas en fecha 26 de junio de 1998, y vueltas a contratar con carácter indefinido el 2 de julio de 1998 –nuevo hecho probado cuarto–, y que, en acto de conciliación celebrado ante la U.M.A.C. el 29 de mayo de 1998 con el resultado de sin avenencia, la empresa reconoció la improcedencia del despido, ofreciendo la cantidad que, por indem-

nización y salarios de tramitación, estimaba ajustada a derecho, y que posteriormente depositó en la cuenta de consignaciones y depósitos del Juzgado –hecho probado quinto, revisado a instancias de la demandada–. *Y frente a tan llamativos indicios, lo relevante es que no se prueba, por la empresa demandada a quien correspondía hacerlo, que absolutamente nada tuvo que ver el embarazo con la decisión empresarial de extinguir el contrato de la actora*”. Antes bien al contrario, el despido fue “calificado por la propia empresa como despido improcedente, y sin embargo suscribió nuevos contratos de duración indefinida con las otras dos trabajadoras de la misma categoría profesional y antigüedad que ella, y *tal acreditación, en los presentes autos ausente, es lo que requiere la tutela de un derecho fundamental a la igualdad*. En consecuencia, la Sala califica la extinción contractual llevada a cabo por la empresa como un despido nulo.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO. LA NULIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Conforme a lo dispuesto en el art. 55 LPL “*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley*” (aptdo. 5) y “*tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador/a, con abono de los salarios dejados de percibir*” (aptdo. 6). Por el contrario, el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores dispone los efectos del despido declarado *improcedente*, concediendo su aptdo. 1 al empresario la *opción entre la readmisión del trabajador/a con abono de los salarios de tramitación, o el abono de una indemnización además de los salarios de tramitación*. El pfo. a) establece la forma de cálculo de la indemnización, a la que se ajustan los cálculos efectuados por la representación letrada de la empresa. El pfo. b) define los salarios de tramitación como “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia

que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”. Y el aptdo. 2 limita los salarios de tramitación “a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista en el pfo. a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación”.

Puesto que, como se ha razonado, *el despido debió ser declarado nulo y no improcedente* la Sala estima que “*no debió ser aplicado tampoco el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sino el artículo 55.6 de la misma Ley*”, que regula los efectos del despido nulo diciendo que “el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”, *en concordancia con el artículo 113 de la Ley de Procedimiento Laboral*, el cual dispone que “si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador/a con abono de los salarios dejados de percibir”.

Cuestión distinta, totalmente ajena a las consecuencias de la calificación del despido y relativa a la imposición de las costas procesales es que, estimado en parte el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y desestimado el planteado por la empresa, al no gozar ésta del beneficio de justicia gratuita, la Sala procede, además, como no podía ser de otra manera, “conforme a lo dispuesto en los arts. 202.1 y 202.4 y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, (a) condenar a aquella a la pérdida de las consignaciones y del depósito constituidos para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda cuando la presente sentencia sea firme, más a abonar al Letrado de la trabajadora impugnante de su recurso la cantidad de 50.000 pesetas en concepto de honorarios”.