



Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Trabajo de Fin de Grado 2015/2016

**LA DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD EN EL  
ENTORNO LABORAL:  
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE  
CATALUÑA 6550/2014 DE 7 DE OCTUBRE.**

Realizado por la alumna D<sup>a</sup>. Verónica García Ramírez

Dirigido por los tutores:

- D<sup>a</sup>. Nuria Reche Tello
- D. Francisco Javier Sanjuán Andrés

## RESUMEN

El despido de una mujer en situación de maternidad está protegido por una nulidad objetiva derivada de la distinta normativa internacional, comunitaria y estatal, así como de los distintos pronunciamientos del TC que se han producido sobre la extinción del contrato de una trabajadora en estado de gestación.

El problema que abordamos en este trabajo se centra en analizar de forma crítica la STSJ de Cataluña 6550/2014, de 7 de octubre relativa a la extinción del contrato por desistimiento de una empleada, sometida a un régimen especial contractual, el régimen especial de empleadas del hogar, que se ha incorporado al trabajo después del permiso de maternidad. La sentencia considera que no es aplicable a este supuesto la garantía del art. 55.5. ET en analogía con la extinción del contrato durante el periodo de prueba, aplicando en consecuencia la doctrina de la STC 173/2013.

## PALABRAS CLAVE

Despido, Desistimiento, Discriminación por razón de sexo, Empleada del hogar, Embarazo, Maternidad.

## **Abreviaturas**

Art. Artículo

BOE Boletín Oficial del Estado

CE Constitución Española

CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms Discrimination against Women)

CSE Carta Social Europea

DOCE Diario Oficial de las Comunidades Europeas

ET Estatuto de los Trabajadores

LOI Ley Orgánica de Igualdad

OIT Organización Internacional del Trabajo

RD Real Decreto

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

## Índice:

1. Introducción.....	5
2. Marco normativo y jurisprudencial sobre la prohibición de la discriminación por razón de sexo. ....	6
2.1. Normativa Internacional. ....	6
2.2. Normativa Comunitaria.....	11
2.3. Normativa Estatal. ....	14
2.4. Breve análisis jurisprudencial sobre la discriminación por razón de sexo de las mujeres en situación de maternidad.....	20
3. Análisis de la STCJ de Cataluña 6550/2014 de 7 de Octubre: Puntos críticos de la extinción del contrato por desistimiento durante la situación de maternidad de la empleada de hogar.....	25
3.1. Análisis general de la STSJ de Cataluña 6550/2014, de 7 de Octubre. ....	25
3.2. La aplicación al caso de la STC 173/2013.....	29
3.3. El voto disidente de la STC 173/2013.....	32
4. Reflexiones finales.....	34
Bibliografía.....	38
Relación de Jurisprudencia relativa a la Vulneración del principio de Igualdad: <u>Discriminación por Razón de Sexo</u> .....	40

## 1. Introducción.

El propósito del presente trabajo radica en el análisis crítico de la sentencia 6550/2014 del TSJ de Cataluña de 7 de Octubre. En el contexto de un contrato laboral de empleada de hogar, al que el empresario pone fin mediante desistimiento una vez la trabajadora se reincorpora a su puesto tras el disfrute del permiso por maternidad, la sentencia estima que no le es de aplicación la nulidad objetiva del despido del art. 55.5 ET, y asimismo exige que se aporten indicios de la existencia de discriminación de conformidad con el criterio que habría establecido la STC 173/2013. En este trabajo analizaremos el razonamiento que conduce al fallo con apoyo en la normativa sobre derechos fundamentales existente en nuestro ordenamiento jurídico, y nos detendremos especialmente en el análisis de los votos particulares que incluye.

Pese a los numerosos avances obtenidos a lo largo de los siglos, gracias a la lucha del feminismo por reivindicar el ejercicio en igualdad de los derechos de mujeres y hombres, especialmente en el ámbito laboral, casos como el que estudiamos en el presente trabajo ponen de manifiesto que todavía nos encontramos con situaciones de discriminación por razón de sexo en algunas empresas.

En la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, encontramos en su artículo 6 la de definición de los ambos tipos de discriminación:

*\*Directa: es la situación en que se encuentra una persona, que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.*

*\*Indirecta: es la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.*

Aunque se refiere a ambos sexos, esta ley así como muchas otras directivas comunitarias, o normativa nacional, pretende erradicar la

discriminación que sufre la mujer, sobre todo por su condición de mujer y todo lo que conlleva, es decir, las circunstancias que viene aparejadas con el sexo femenino, como pueden ser la maternidad, lactancia, baja maternal, etc.

Aun con toda la normativa existente sobre protección de la mujer, todavía sigue el miedo presente en muchas mujeres que tienen su empleo, y en un momento de su vida deciden formar una familia ya que este hecho ya lleva unas consecuencias como pueden ser la baja maternal, posterior maternidad y lactancia distintos momentos en los que el empresario/a creen que deben deshacerse de la trabajadora ya que este simple hecho conlleva muchos gastos y es un peso que algunas organizaciones no quieren soportar.

En la discriminación por embarazo o maternidad son más de 60.000 mujeres al año las que pierden su empleo debido a esta discriminación, siendo pocos los casos de denuncia.” *En España, el Tribunal Supremo sostiene que cualquier perjuicio laboral por embarazo y baja por maternidad constituyen una discriminación directa por razón de sexo*”, sin embargo, con el estudio y comparación que realizaremos en el presente trabajo sobre dos sentencias relativas con estos hechos, comprobaremos que no es suficiente toda la normativa existente para llegar al resultado que nos indica el Tribunal Supremo.<sup>1</sup>

## **2. Marco normativo y jurisprudencial sobre la prohibición de la discriminación por razón de sexo.**

### **2.1. Normativa Internacional.**

La Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, se fundó en 1919 y es la única organización superviviente del Tratado de Versalles<sup>2</sup>. Esta organización promueve la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

---

<sup>1</sup> CHING, MARIA.I.,12/05/2015. 60.000 mujeres sufren discriminación por embarazo o maternidad, Madrid. Disponible en [http://cadenaser.com/ser/2015/05/12/sociedad/1431431275\\_065939.html](http://cadenaser.com/ser/2015/05/12/sociedad/1431431275_065939.html), (visitado 1/05/16)

<sup>2</sup> Oficina de las naciones unidas y Organismos Internacionales con sede en Ginebra, España. ¿Qué es?, Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/OficinadelasNacionesUnidas/es/quees2/Paginas/Organismos%20Especializados/OIT.aspx> (visitada el 8/05/16)

para que puedan acceder a un empleo digno, con unas retribuciones equitativas, realizado en condiciones de libertad, seguridad y dignidad.

A lo largo de los años se han adoptado una serie de convenios sobre la protección de la maternidad adoptando diversas medidas respecto al empleo y seguridad de la mujer embarazada, dándole una protección que con anterioridad no existía.<sup>3</sup>

En 1919, se adoptó el primer **Convenio OIT, número 3, sobre la protección de la mujer embarazada**<sup>4</sup>, ya que como indica FERNANDEZ LOPEZ <sup>5</sup>*“La tutela de la mujer embarazada ha sido uno de los puntos de fricción por los que se ha introducido primeramente la legislación internacional de tutela del trabajo femenino”*.

En sus artículos se exponen definiciones sobre la maternidad y el empleo, haciendo lícitos el descanso maternal, las prestaciones de maternidad, así como la lactancia. (Art. 3)

Además se acepta como ilegal el despido a una trabajadora por ausentarse antes o después del parto, es decir, reconociendo el mantenimiento del empleo de la trabajadora durante su baja maternal. (Art. 4)

Este convenio fue ratificado por España el 4 de Julio de 1929.

Años después, en 1952, aparece el **Convenio OIT, número 103<sup>6</sup> sobre la protección de la maternidad**, modificando el que se promulgó en 1919. Se amplía el descanso maternal, siendo en un principio de seis semanas a doce, también se aprueba el descanso prenatal, en caso de que la trabajadora sufra algún riesgo a causa del embarazo, además del derecho a prestaciones dinerarias y médicas, al permiso por lactancia y a la prohibición de su despido.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Organización Internacional del Trabajo. La igualdad de Género. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/gender.htm> (visitada el 8/05/16)

<sup>4</sup> OIT, Convenio número 3, Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 de Noviembre de 1919), entrando en vigor el 13 de Junio de 1921. ([http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C003](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003) )

<sup>5</sup> FERNANDEZ LOPEZ, MARIA F. *“Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: La protección de la mujer embarazada”* (2005) Temas Laborales, Nº 79 .Pp 11-68. (Disponible en [dialnet.uniroja.es](http://dialnet.uniroja.es))

<sup>6</sup> OIT, Convenio número 103, Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 de Junio de 1952), entrando en vigor el 7 de Septiembre de 1955. ([http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C103](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103) )

<sup>7</sup> OIT, Convenio número 103, Artículo 6: *“cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado expire durante la mencionada ausencia”*.

Este convenio fue ratificado por España el 17 de Agosto de 1965, con excepción de las personas que se refiere el artículo 7, párrafo 1, d) *“las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio”*.

En el año 2000 se produjo una nueva modificación en esta materia, con el **Convenio OIT, número 183**<sup>8</sup>. En su preámbulo encontramos ya el principal objetivo de este nuevo convenio, *“se toma nota de la necesidad de revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad (1952), a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño...”*

En este Convenio se brinda una importante protección al empleo, incluyendo la prohibición de despedir a la trabajadora incluso después de su regreso al centro de trabajo, teniendo la misma el derecho a la reserva de su puesto, o a uno equivalente (Art. 8)<sup>9</sup>, siempre velando por protección de la maternidad, la seguridad y la salud de la mujer y el hijo.

Sin embargo, se vuelven a realizar más proposiciones acerca de la protección a la maternidad dando lugar a una recomendación relativa al citado Convenio<sup>10</sup>, entre ellas encontramos la extensión de la duración del permiso por maternidad a dieciocho semanas, así como la lactancia acumulada, es decir, agrupar en un solo periodo de tiempo el permiso de lactancia.

En España este convenio no ha sido ratificado, y está en vigor en 31 países en la actualidad.

---

<sup>8</sup> OIT, Convenio número 183, Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 de Junio de 2000), entrando en vigor el 7 de Febrero de 2002.

([http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C183](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183) )

<sup>9</sup> OIT, Convenio número 183,

Artículo 8: *“1. se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.*

*2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.”*

<sup>10</sup> OIT, Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000. Número 191.

*“Licencia de Maternidad (1) Los miembros deberían procurar extender la duración de la licencia de maternidad, mencionada en el artículo 4 del Convenio, a dieciocho semanas, por lo menos.”*

*“Madres Lactantes (8) cuando sea posible, y con el acuerdo del empleador y de la mujer interesada, las interrupciones diarias para la lactancia deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada.”*



El 18 de Octubre de 1961 en Turín, Estrasburgo, firman los Miembros del Consejo la **Carta Social Europea**<sup>11</sup>, en adelante CSE, siendo una declaración de derechos sociales. La CSE entre otros artículos, hace referencia en su artículo 8 a la protección de las trabajadoras durante el periodo de gestación y el descanso maternal.<sup>12</sup>

España se adhirió a la CSE en 1980, y a su protocolo anexo de 1988.

En el año 1996 en Estrasburgo, los Gobiernos y miembros del Consejo de Europa realizan una revisión de la CSE, ampliándose y actualizándose con nuevos artículos relativos a derechos que no se contemplaban en la anterior. Entre ellos se recoge el Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminación por razón de sexo en el artículo 20 y el Derecho en protección de despido en su artículo 24 haciendo referencia en el anexo final de la CSE donde se profundiza sobre dicho artículo. En el punto 3 vemos reflejado que *“A efectos de este artículo, no se consideraran motivos válidos para el despido, en particular: d) La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social. e) El permiso de maternidad o paternidad”*.<sup>13</sup>

De dicha revisión de 1996 España no es Estado parte.<sup>14</sup>

Sin embargo, tras estas ratificaciones España ha tenido muchas llamadas de atención por incumplir algunas de las obligaciones recogidas en esta normativa sobre los derechos de la familia y la infancia, derechos laborales individuales, condiciones de trabajo y negociación colectiva, entre otros. En lo que respecta al tema objeto del presente trabajo, España *“ha incumplido en la obligación de informar sobre el grado de cumplimiento de la obligación de considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer*

---

<sup>11</sup> “BOE número 153, de 26 de junio de 1980”. La Carta Social Europea, 18 de Octubre de 1961, Turín, Estrasburgo.

<sup>12</sup> Carta Social Europea, Artículo 8: *“1. para garantizar a las mujeres, antes y después del parto, un descanso de una duración total de doce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por Subsidios sufragados con fondos públicos. 2. A considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante esa ausencia. Y siguientes.”*

<sup>13</sup> VILLA DE LA SERNA, P. *“Las tres “Cartas” Europeas sobre Derechos Sociales”*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración (2001) Nº32. pp. 273-314

<sup>14</sup> SAURA, J., 13/02/2014. La Carta Social Europea: Esa desconocida..., Barcelona. El Diario.

Disponible en: [http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Carta-Social-Europea-desconocida\\_0\\_228527556.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Carta-Social-Europea-desconocida_0_228527556.html)

(visitada el 8/05/16)

*durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante esa ausencia”, previsto en el artículo 8.2.<sup>15</sup>*

El 18 de Diciembre de 1979 fue adoptada en Asamblea General la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, también conocida como CEDAW. Es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato de mujeres y hombres.

Esta Convención está compuesta por un total de 30 artículos, centrándose en la protección de la mujer y la prohibición por discriminación por razón de sexo, igualdad de oportunidades, igualdad entre sexos y maternidad, entre otros.

En el preámbulo de la CEDAW ya nos encontramos que la discriminación sigue vigente tras varios convenios sobre su protección, *“...Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”* también encontramos la definición expresa de “discriminación contra la mujer”, así como la prohibición del despido por motivo de embarazo o en el disfrute del permiso maternal, en los artículos 1 y 11.2.<sup>16</sup>

La CEDAW ha sido ratificada por muchos países, en España se realizó en 1984. Periódicamente se elaboran unos informes periódicos que los Estados Parte deben presentar para su examen por la Convención, en él aparecen las

---

<sup>15</sup> Europa Press. 27/01/2016. Madrid. España incumple 6 preceptos de la Carta Social Europea del Consejo de Europa sobre derechos de la familia y la infancia. El periódico Sociedad. Disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/espana-incumple-preceptos-carta-social-europea-del-consejo-europa-sobre-derechos-familia-infancia-4850929> (Visitado el 8/05/16)

<sup>16</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Asamblea General de Las Naciones Unidas, 18 de Diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de Septiembre de 1981.

Artículo 1. *“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

Artículo 11.2. *“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:*

a) *Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil, ss.”*

medidas que se implantan en el estado para la igualdad de mujeres y hombres.<sup>17</sup>

## 2.2. Normativa Comunitaria

El 7 de Diciembre del 2000 se aprueba en Niza la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. En ella contemplamos una recopilación de todos los derechos que deben tener las personas, ya que con anterioridad la unión Europea no tenía una Carta de Derechos propia <sup>18</sup>. En el preámbulo de la misma, se expresa su objeto principal, consistente en el refuerzo de *“la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.”*

En la Carta se recogen varios derechos fundamentales, entre ellos el de no discriminación que vemos reflejado en su artículo 21 *“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.”*

Estableciéndose también una protección especial a la igualdad de mujeres y hombres, debiéndose garantizar en todos los ámbitos sobre todo el empleo, trabajo y retribución (Art. 23), así como a la vida familiar y profesional, que en su artículo 33.2 se define de este modo: *“con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y aun permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.”*

---

<sup>17</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Séptimo y octavo informe periódicos que los Estados partes debían presentar en 2013, 17 de Diciembre de 2014. Disponible en: [http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/VII\\_y\\_VII\\_Informe\\_CE\\_DAW\\_ES\\_N1362284.pdf](http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/VII_y_VII_Informe_CE_DAW_ES_N1362284.pdf)

<sup>18</sup> GARCIA, MANRIQUE.,R. *“Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”*.(2003) pp. 1-10, cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2003. (Disponible en dialnet.uniroja.es)

Siguiendo el itinerario legislativo en esta materia, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en adelante DOCE, también aparecen varias directivas que hacen referencia a la protección de la maternidad.

**La Directiva 92/85/CE de 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.**

En la introducción la Directiva 92/85/CE establece lo siguiente: *“Considerando que la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su seguridad y salud.”*<sup>19</sup>

En ella se contempla promover la mejora de la seguridad de los centros de trabajo y la protección de los trabajadores en materias de seguridad e higiene.

Hace referencia a la protección de la maternidad, y la salud de la mujer, considerando que la protección de la seguridad y la salud no debe desfavorecer a la mujer que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia, igualmente se debe realizar una evaluación del puesto de trabajo para conocer los riesgos que se exponen y preverlos, o tomar las medidas alternativas que consideren necesarias para controlarlos en caso de que no se hayan podido prevenir por la naturaleza de la propia actividad.

Por lo que respecta al caso que vamos a analizar, la Directiva 92/85/CE contempla el permiso por maternidad y la prestación correspondiente, aludiendo también a la no realización de trabajos nocturnos por parte de las mujeres embarazadas, y sobre todo a la protección al empleo a través de la prohibición del despido por parte del empleador de la trabajadora embarazada. Para ello se exige justificar el motivo del despido por alguna circunstancia

---

<sup>19</sup> Directiva 92/85/CE del 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Consideraciones principales.

distinta al mero hecho del embarazo, ya que de no ser así se entendería discriminatorio, concretamente lo vemos reflejado en su artículo 10.<sup>20</sup>

**En 2006 se adopta La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, siendo su principal objeto la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres.** Con la publicación de la Directiva 2006/54/CE se derogan el 15 de Agosto de 2009 las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE<sup>21</sup>, en la medida en que se ocupaban de la misma materia. Por otro lado, se amplía su contenido protector al acoger ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En dicha jurisprudencia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, aspecto regulado expresamente en el artículo 2.1:

a) Discriminación Directa: la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos desfavorable que otra en situación comparable.

---

<sup>20</sup> Directiva 92/85/CE de 19 de Octubre de 1992. Artículo 10: “ como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, 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 artículo 2, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 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 artículo 2, durante el periodo 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 artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.”*

<sup>21</sup> La Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de Febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

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.

La Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

La Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

b) Discriminación Indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Añadiéndose a dichos conceptos en el apartado 2, a) el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo; b) la orden de discriminar a personas por razón de su sexo; c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la persona embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia.

Asimismo se reconoce la necesidad de proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, junto con una serie de medidas de protección de esta última. De este modo se establece que la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Finalmente se establece la inversión de la carga de la prueba, siendo la persona demandada a la que le corresponde demostrar que no ha habido ningún tipo de discriminación, aplicándose además en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, es decir, por las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE.<sup>22</sup>

### **2.3. Normativa Estatal.**

---

<sup>22</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la persona embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia.

La Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996. Relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

En España encontramos diversa normativa que lucha contra esta situación de desigualdad, el 31 de Octubre de 1978 aparece la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, **la Constitución Española, ratificada por el pueblo español el 6 de Diciembre de 1978**. Se crea para establecer garantías sobre la justicia, la libertad, seguridad y la igualdad así como para promover el bien de todos los integrantes de la nación.

Al igual que en toda la normativa vista anteriormente, hace referencia a la igualdad efectiva, que encontramos en su artículo 9.2: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

En el Título Primero de la Constitución, de los Derechos y Deberes Fundamentales en su Capítulo segundo sobre Derechos y Libertades, hallamos de manera más explícita y minuciosa la equiparación de ambos sexos en su artículo 14: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia social o personal.”*

Este artículo establece con claridad el deber de no discriminación, pero aun así para poder promover esta igualdad, se han tenido que producir algunos cambios en nuestro ordenamiento jurídico, debido a la existencia de claros casos de violencia de género, discriminación laboral por razón de sexo o discriminación salarial, entre otros.

Estos cambios los vemos primeramente reflejados en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Tal y como vemos indicado en la Exposición de Motivos *“La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo”*. Por ello ha sido necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones, así como la necesidad de conciliar el trabajo y la familia.”

Con la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, se establecen modificaciones que se introducen en determinadas Leyes de nuestro ordenamiento jurídico,

como en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en el Texto refundido de La ley de Procedimiento Laboral, Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, en el Real Decreto Legislativo 1/1994 en el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Ley 11/1998 4 de Septiembre.

Las más significativas en materia de protección de la maternidad de esta Ley se han realizado en el Estatuto de los trabajadores, ET, en sus artículos 45, 52, 53 y 55.

Uno de esos cambios más importantes lo vemos reflejado en el apartado 5 del artículo 55 que se redacta, “*será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo en los siguientes supuestos:*”

a) “*El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho periodo.*”

b) “*El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a) (...)*”

c) “*El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran concurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.*”

En esta ley se contemplan ya diversas cuestiones afectan a la vida profesional y personal de las mujeres trabajadoras, ya que parte de sus artículos se regulan para que éstas puedan conciliar ambos aspectos de su vida, debido a que se ha “establecido” socialmente que la mujer es la persona que debe encargarse del cuidado de los hijos/as y del hogar en la unidad familiar.



Poco a poco, vamos observando una evolución de la protección a la maternidad y al despido de la misma, ya que durante años esta forma de discriminación no ha sido valorada como tal debido a que las personas afectadas en algunos casos no llegaban nunca a denunciar, siendo sólo un 2% de los casos de *mobbing maternal* los que llegan a juicio como informa PERAITA, en su artículo,<sup>23</sup> *“siendo difícil demostrar que el despido ha sido a causa del embarazo, decidiendo abandonar su trabajo ya que tampoco se les facilita la manera de conciliar ambos aspectos de la vida”*.

**La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres 3/2007 de 22 de marzo**, en adelante LOI, aparece en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de dos Directivas europeas en esta materia.<sup>24</sup>

El objetivo de la presente ley lo encontramos en su artículo 1: *“Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral y económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”*.

Con esta ley se marca un antes y un después en nuestra legislación, llevando aún más allá la protección de la mujer embarazada, la discriminación, la incorporación al mundo laboral, o incluso diversas materias de aplicación en el ámbito educativo, cultural, social y deportivo. Ofreciendo protección a este colectivo que sigue desprotegido, e igualando las condiciones de trabajo a mujeres y hombres, ya que todas sus normas se refieren en iguales términos a hombres y a éstas, afirmando que no existe ningún obstáculo legal para que las mujeres puedan ejercer sus derechos en las mismas condiciones que los hombres, ya que en su artículo 3 encontramos la definición expresa del

---

<sup>23</sup> PERAITA, L., 30/06/2012, Cuando el enemigo está en la empresa, Madrid. Abc. Disponible en: <http://www.abc.es/20120628/familia-padres-hijos/abci-acoso-madres-empresa-201206281516.html> (visitado el 14/05/16)

<sup>24</sup> Directiva 2002/73/CE sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro.

principio de igualdad y no discriminación, siendo éste: *“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”*

En la exposición de motivos de la citada Ley encontramos ya algunos de los aspectos más relevantes de los que se van a tratar en la misma, como el pleno reconocimiento de la igualdad de género, que aun habiendo varias disposiciones y directivas aceptadas por España, no han sido suficiente para resolver el tema, por tanto sigue siendo una tarea pendiente para nuestro país.

Se contempla, una especial protección a los supuestos de doble discriminación, que afectan a colectivos propensos a ser objeto de las misma, como el caso de las mujeres embarazadas y discapacitadas o inmigrantes.

Además hace constar expresamente la necesidad de *“combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación y a promover la igualdad real entre hombres y mujeres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”*.

En el artículo 8 de la citada Ley se regula la mención expresa de discriminación por razón de embarazo o maternidad: *“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”*.

De nuevo nos encontramos con otro artículo de protección a esta situación de la que solo es participe la mujer, ya que como hemos ido detallando a lo largo de dicha normativa es la mujer la persona con más dificultades para conciliar su vida laboral y familiar, o incluso para mantener el empleo tras su decisión de ser madre. En la ley también aparecen las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias que se detallan en su artículo 10: *“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sea reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.”*

Por tanto podemos decir, que los objetivos perseguidos en las distintas normativas son una buena opción para conseguir la igualdad real de mujeres y hombres, es decir, que no sólo recoja en la normativa existente si no que se lleve a cabo por todas las personas para conseguir la ausencia directa de toda discriminación, y en especial de las derivadas de la situación de la maternidad y de todas las circunstancias que de ella se derivan.

En el artículo 2.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores vemos reflejado como relación laboral de carácter especial la del servicio del hogar familiar debido a las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico. El régimen jurídico de esta relación laboral especial se estableció en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de Agosto, siendo derogado **por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.** Por tanto en el artículo 1 del citado decreto se establece el objeto del mismo: “ 1. (...) tiene por objeto regular la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar de acuerdo con el artículo 2.1.b) de la Ley del Estatuto de los trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

2. Se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar”.

Este contrato podrá celebrarse de palabra o por escrito<sup>25</sup>, y asimismo sus peculiaridades más señaladas tienen que ver con la duración, el tiempo de trabajo, la retribución y la extinción del contrato.

---

<sup>25</sup> RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Art. 5 “1. El contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra. Deberá celebrarse por escrito cuando así lo exija una disposición legal para una modalidad determinada. En todo caso, constarán por escrito los contratos de duración determinada cuya duración sea igual o superior a cuatro semanas”

Art. 6 “1. El contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo” 2. “Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba en los términos del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores durante dicho periodo de prueba (...) podrá producirse la resolución de la relación laboral por cualquier de las partes, con el periodo de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso de siete días naturales.”

Art. 8 “1. El Salario Mínimo Interprofesional, fijado anualmente por el Gobierno, es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común (...)”.

Haciendo una comparativa a grandes rasgos con el régimen general, aprobado recientemente el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, podemos observar una particularidad novedosa en lo que se refiere a la extinción de la relación contractual, ya que el contrato celebrado entre el empleador y la/el trabajadora/o podrá extinguirse por el desistimiento del empleador, es decir por no necesitar los servicios de la empleada de hogar, no poder mantenerlos, querer cambiar las condiciones del contrato por una situación familiar sobrevenida, o por la aparición de una serie de desavenencias entre el empleador y la empleada de hogar, haciendo que éste no quiera seguir con la relación contractual<sup>26</sup>. Quizá una forma de despido más fácil de realizar que los previstos en el Régimen General.

En la sentencia que analizaremos en este trabajo, STSJ de Cataluña sentencia 6550/2014, vemos el caso singular de esta relación laboral de las empleadas del hogar cuando se extingue la relación laboral por desistimiento del empleador, circunstancia que aparece exclusivamente en el Real Decreto 1695/2011.

#### **2.4. Breve análisis jurisprudencial sobre la discriminación por razón de sexo de las mujeres en situación de maternidad.**

En el siguiente apartado haremos referencia a varias sentencias que han hecho doctrina en nuestro ordenamiento jurídico. Siendo la situación de la maternidad una de las que más controversia ha generado, nuestra normativa y jurisprudencia ha ido experimentando un proceso evolutivo respecto a esta materia.

---

Art. 9 "1. La jornada máxima semanal de carácter ordinario será de cuarenta horas de trabajo efectivo (...)"

Art. 11 "1. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá conforme a lo previsto en el presente real decreto y en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, excepto por las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que no resultan compatibles con la naturaleza de la misma. (...) 3. El contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, lo que deberá comunicarse por escrito al empleado del hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa."

<sup>26</sup> CASTILLO, INMACULADA, 12/06/2014, "Despedir a la Empleada de Hogar por desavenencias". Mundojuridico.info. Disponible en: <http://www.mundojuridico.info/despedit-a-la-empleada-de-hogar-por-desavenencias/> (visitado el 14/05/16)

Como ya hemos analizado en puntos anteriores, en nuestro país el despido de una trabajadora embarazada es nulo de pleno derecho tal y como se indica en el Estatuto de los trabajadores en su artículo 55.5: “*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas*” añadiendo en su apartado b) “*el de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)(...)*” Fue en este caso la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, la que introdujo como causa de nulidad el despido de las trabajadoras embarazadas, salvo que se declarase la procedencia del despido.<sup>27</sup>

Aunque este supuesto en un primer momento no fue del todo aplicable, según VIERA ÁLVAREZ “*este artículo ha generado diversos problemas interpretativos*”<sup>28</sup>, debido a que en un principio era necesario la comunicación del estado de embarazo por parte de la trabajadora al empresario para que este fuese considerado nulo, tal y como se indica expresamente en el artículo 2 apartado a) de la Directiva 92/85/CEE del consejo de 19 de Octubre de 1992 “*se entenderá por trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales.*” Siendo el desconocimiento del empresario la clave para dicha calificación.

El TC sostenía 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.<sup>29</sup>

Causa que aparece en distintas sentencias como STC 41/2002 de 25 de Febrero, donde sobre el desconocimiento por parte de la empresa se señalaba “*si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa*

---

<sup>27</sup> LLUCH CORELL, FRANCISCO J. “*El cese de la trabajadora durante el periodo de prueba*”, El Derecho, número 1. (2014)

<sup>28</sup> VIERA ALVAREZ, CHRISTIAN, “*La nulidad del despido de la mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del tribunal constitucional y tribunal supremo español*”, Nomos Universidad de Viña del Mar, nº3 (2009), pp. 263-273.

<sup>29</sup> STS 4233/2011 de 18 de Abril de 2011, Fundamento jurídico 2.

demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal consideración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia, (FJ 4)".

Según Munin Sánchez, es indiscutible que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora constituye una discriminación por razón de sexo, En el mismo sentido Ramos Quintana<sup>30</sup> indica que *“es común en la ordenación jurídica de la nulidad del despido, donde se incluyen los actos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, establecer estructuras de protección para evitar la compensación económica u otros cauces que posibiliten los efectos de la decisión empresarial extintiva. En esa línea, el despido por causas objetivas establece la nulidad del practicado sobre trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo (Art. 53.4b ET). Lo que se discute por tanto es si resulta imprescindible el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo.*

En un principio, como decimos, la jurisprudencia entendió que el conocimiento empresarial era imprescindible para poder acudir a la regla de la nulidad, bajo el argumento de que la ley concibe el despido nulo de la trabajadora embarazada como un supuesto particular de “despido discriminatorio”, y para que el despido sea debido al embarazo es necesario que el empleador conozca el estado de gestación ya que de no ser así no podría responder a éste.<sup>31</sup> (STS 24 de Julio de 2007).

Finalmente, sin embargo, el TC ha declarado que el derecho a la intimidad de la trabajadora (Art. 18.1 CE) no le obliga a notificar dicho estado al empleador (STC 17/2003 FJ 6). Doctrina consolidada en otras sentencias como la núm. 124/2009, de 18 May. 2009, rec.11224/2006, que es significativa en cuanto al debate que esta cuestión ocasionó en el propio Tribunal Constitucional, puesto que incluye un voto particular a cargo del magistrado D. Vicente Conde Martín de hijas en que insiste en que la idea de discriminación

---

<sup>30</sup> RAMOS QUINTANA, MARGARITA, *“Mujeres, contratos y Empresa desde la igualdad de género.”* 1/2014, epígrafe 44: *“El principio de la igualdad en las relaciones de trabajo: la no discriminación por razón de sexo”*.

<sup>31</sup> MUNIN SANCHEZ, LARA M., *“La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”*. (2014). pp. 260-262.

exige el conocimiento del hecho al que se refiere la discriminación, y por ello no cree que pueda hablarse de despido por “motivo de embarazo”, si el embarazo no se conoce, ya que se trata de una nulidad objetiva derivada del hecho mismo del embarazo, y no subjetiva, de forma que se protege a las trabajadoras siendo irrelevante el móvil del empresario al despedir, que puede obedecer o no a causas discriminatorias.

Por tanto el TC considera (ST 92/2008) que 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 proclamado en el Art. 14 CE, además de que en los preceptos del ET relativos a la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora no exigen la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide, y menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. En concreto, los preceptos legales del ET califican el despido como nulo de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión.

Configurándose así una garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, eximiéndose además de la necesidad de comunicar el estado de embarazo, ya que la trabajadora puede desear mantener ese hecho fuera del conocimiento de los demás puesto que puede entender amenazado su puesto de trabajo. (STC 136/1996, STC 124/2009).

Sin embargo, dicha nulidad no se amplía al supuesto de la extinción del contrato en el periodo de prueba cuando el empresario alega la no superación del periodo de prueba. Debido a que el desistimiento empresarial del contrato de trabajo de una mujer embarazada durante el periodo de prueba no es lo mismo que su despido, y no está protegido con la nulidad objetiva del mismo, sino sólo con la nulidad radical cuando exista discriminación (STC 173/2013).

De este modo, según el TC, para que se reconozca dicha nulidad se hace precisa la aportación, por parte de la trabajadora, de indicios suficientes de que la resolución del contrato durante el periodo de prueba responde a una posible discriminación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y se trasladaría entonces al empresario la carga

probatoria de que los motivos por los cuales decidió la extinción contractual son de todo punto ajenos a cualquier propósito discriminatorio.<sup>32</sup>

En relación con esto, el TS venía diciendo desde antiguo que el periodo de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente del mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia particular al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o empleador 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 salvo, claro está, que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental.<sup>33</sup>

Una de las sentencias más relevantes sobre esta materia es la STC 173/2013, en la que se despide a una trabajadora durante el periodo de prueba estando en ese momento embarazada. Este caso dio un giro a nuestro ordenamiento ya que el tribunal constitucional no había tenido la ocasión de pronunciarse sobre el tema, llegando a ser una noticia nacional importante.<sup>34</sup>

En la STC 173/2013 el Tribunal Constitucional entiende que el embarazo, aunque no sea conocido por la empresa, es causa objetiva del embarazo en caso de que se dé la figura jurídica del despido y no en el caso de extinción del periodo de prueba, como se refleja en dicha sentencia.

Esta sentencia va acompañada de dos votos particulares, uno de ellos disidente al que se adhieren tres magistrados más, en el que se razona la discrepancia sobre la base del artículo 14 CE, que impone la nulidad

---

<sup>32</sup> RUBIO DE MEDINA, MARIA. D., “*El despido de la mujer embarazada*”, Biblioteca Básica de práctica Procesal, serie laboral. (2006) pp. 18-25.

<sup>33</sup> LLUCH CORELL, FRANCISCO J. El cese de la trabajadora durante el periodo de prueba,(...) Cit. pp. 22.

<sup>34</sup> El tribunal constitucional niega el amparo a una embarazada despedida en periodo de prueba, 22/10/2013, 20minutos. Disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/1954708/0/tribunal-constitucional/niega-amparo-embarazada/despedita-periodo-prueba/> (visitado el 26/05/16).

OSORO, COVANDONGA. El TC ratifica el despido de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba, 24/10/2013, elderecho. Disponible en: [http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/TC-reinterpreta-restrictivamente-trabajadora-embarazada\\_11\\_601930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/TC-reinterpreta-restrictivamente-trabajadora-embarazada_11_601930001.html) (visitado el 26/05/16)



automática del despido de la mujer embarazada, así como la nulidad que hace referencia el artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores.

Al mismo criterio se somete el desistimiento del contrato por el empleador en el régimen especial de empleadas del hogar, no pudiendo declararse nulo salvo que la trabajadora como en el caso anterior aporte indicios suficientes de vulneración del derecho a la no discriminación. No pudiendo aplicar en estos casos la aplicación de la doctrina expuesta anteriormente (STC 17/2003, SSTC 92/2008, 124/2009), dado que las diferencias sustanciales entre el despido y el desistimiento en la relación laboral de empleados al servicio del hogar familiar impide aplicar la tutela automática u objetiva prevista en el artículo 55.5 del ET. (STSJC 6550/2014 FJ 1).

### **3. Análisis de la STCJ de Cataluña 6550/2014 de 7 de Octubre: Puntos críticos de la extinción del contrato por desistimiento durante la situación de maternidad de la empleada de hogar.**

#### **3.1. Análisis general de la STSJ de Cataluña 6550/2014, de 7 de Octubre.**

En la sentencia que se plantea a continuación, se considera que no es aplicable a la misma la nulidad establecida en el artículo 55.5 ET, debido a las diferencias sustanciales entre el despido y el desistimiento en la relación laboral de empleados del hogar. Además, se indica que no existen indicios de discriminación por razón de sexo que permitan la inversión de la carga probatoria.

Los hechos que aparecen en la sentencia son los siguientes: La demandante doña Eva prestaba servicios en el domicilio de la demandada doña Micaela desde el 22 de Julio de 2011, como empleada de hogar a través de un contrato indefinido a tiempo completo.

En fecha 2 de Abril de 2013 la demandada comunicó a doña Eva por medio de burofax la extinción de su contrato de trabajo por desistimiento con efectos del día 3 de Abril de 2013, fecha en la que la parte actora debía

incorporarse a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un periodo de maternidad.

La demandada puso a disposición de la parte actora una indemnización correspondiente a la extinción de su contrato por desistimiento, siendo la parte equivalente al salario correspondiente a siete días naturales por año de servicio con el límite de seis mensualidades más una indemnización de veinte días de salario, establecido por la falta de preaviso de veinte días, que se refleja en el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de Noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de empleadas del hogar.<sup>35</sup>

En la misma fecha de la extinción del contrato de trabajo de la actora por desistimiento se extinguió el contrato de Doña Virginia por el mismo motivo.

Formulada demanda, la discusión se plantea en los siguientes términos:

En primer lugar la trabajadora, Doña Eva, interpone recurso de suplicación contra la desestimación de la demanda que interpuso la interesada en materia de despido, debido a que se confirmó el desistimiento producido con efectos 3 de abril de 2013. Constituyendo el objeto del recurso la determinación de la validez del desistimiento empresarial, instando la trabajadora que el mismo sea calificado como despido nulo por discriminación por razón de sexo.

Doña Eva denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 14 de la CE, 55.5 del Estatuto de los trabajadores, y el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, así como la doctrina contenida en las siguientes sentencias: TSJ de Madrid de 24 de diciembre de 2008, TSJ de Cataluña de 8 de abril de 2013 y 15 de enero de 2013, y de la TSC 92/2008, alegando: *“que habiéndose producido el desistimiento empresarial en momento en que la trabajadora se reincorporó a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un periodo de maternidad, concurren indicios suficientes para invertir la carga de la prueba, y declarar que lo producido fue un despido nulo, por razón de embarazo.”*

---

<sup>35</sup> Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de empleadas del hogar. *Artículo 11.3 “ El contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, lo que deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa.*

*En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días. (...)*

La parte demandada indica que en el supuesto enjuiciado nos encontramos no ante un despido, sino ante un desistimiento unilateral del empleador en contrato de empleada de hogar, causa legal prevista en el artículo 11.5 del RD 1620/2011.

De este modo, la Sala delimita el objeto de lo que se discute, concretamente: *"La aplicabilidad al supuesto de desistimiento del contrato de empleada de hogar de la nulidad objetiva prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores, en su apartado c), relativo a la nulidad del despido de los trabajadores después de haberse reintegrado a su puesto de trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad.*

*Dicho caso debe sujetarse a la normativa y doctrina jurisprudencial relativa al carácter automático de la declaración de nulidad en supuestos de despido de mujer embarazada o en ejercicio de los derechos de conciliación conferidos legalmente por la maternidad, salvo que se pruebe la procedencia del despido."*

Y para ello estima necesario resumir de algún modo la doctrina jurisprudencial a que hemos hecho referencia en el apartado precedente:

-En primer lugar, subrayando la vinculación de la misma con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), junto con la protección reforzada prevista en el art. 55 ET (tras la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).

-En segundo lugar, recuerda que si bien en un principio el Tribunal Supremo sostuvo que era necesario que el empresario conociese el embarazo de la trabajadora, y que, si tal conocimiento existía, la ley establecía una presunción iuris et de iure de móvil discriminatorio, por lo que la nulidad sólo estaría excepcionada en caso de acreditarse la procedencia del despido (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2.006, que descartó la contracción por la cuestión del conocimiento o desconocimiento del embarazo por parte de la empresa y lo abordaron de lleno las sentencias del Tribunal Supremo del Pleno de 19 de julio de 2.006, seguidas posteriormente por las de 24 de julio de 2.007, y 29 de febrero y 12 de marzo de 2.008 ), rectificó tal postura jurisprudencial en la sentencia de de 17 de octubre de 2.008 -rcud. 1957/2007 -, seguida por las SSTs de 16 de enero -rcud 1758/2008 -, 17 de

marzo -rcud 2251/2008 -, 13 de abril -rcud 2351/08 -, 30 de abril -rcud 2428/2008 - y 6 de mayo de 2.009 -rcud.2063/2008-), acogiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, en la que se 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.

Por otro lado, alude a su propia doctrina sobre la calificación del despido de la trabajadora embarazada, que sistematiza en los siguientes puntos:

- 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)

- 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.

- 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

- 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

- 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.

Todo ello lleva a la Sala a determinar concretamente el problema que debe resolver, esto es, la aplicabilidad de dicha doctrina al caso enjuiciado (desistimiento de contrato de empleada de hogar al reincorporarse tras disfrutar el permiso de maternidad) y la necesidad de acreditación de indicios de

discriminación por tal causa, en aplicación de la normativa sobre despido por vulneración de derechos fundamentales<sup>36</sup>.

Tras referir la normativa aplicable al asunto, sustancialmente el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en su artículo 11, apartado 3, señala que “la actuación de la empleadora se acomodó a la forma prescrita por aquélla, cuestión ésta que, por otra parte, no ha resultado controvertida, limitándose el recurso a alegar que la elección de la trabajadora a efectos de desistir obedeció al hecho de que debía reincorporarse a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un período de maternidad”.

Sin embargo las divergencias entre los supuestos contemplados en la doctrina jurisprudencial invocada en el recurso (despido de mujer embarazada) y el que debe examinar (desistimiento de contrato de empleado de hogar) supone, para el Tribunal, traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en la sentencia 173/2013, de 10 de octubre

### **3.2. La aplicación al caso de la STC 173/2013.**

Los hechos ocurridos en la sentencia 173/2013 tienen que ver con el despido de una trabajadora por no superar el periodo de prueba establecido, cuando en el momento del despido estaba en estado de gestación. Además el mismo día que se le comunicó el cese por no superación del periodo de prueba otro trabajador fue cesado por la misma causa, la no superación del periodo de prueba establecido.

En esta sentencia lo que se pone de manifiesto es que el desistimiento empresarial del contrato de trabajo de una mujer embarazada durante el periodo de prueba no es lo mismo que su despido, y este supuesto no está protegido con la nulidad objetiva, sino sólo con la nulidad radical cuando exista discriminación por razón de sexo.

La sentencia 173/2013 sigue el mismo argumento que el expuesto en las SSTC 92/2008 y 124/2009, en las que se declaraba la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas establecido en el artículo 55.5 del ET, puesto que se establece una garantía absoluta y objetiva no vinculada al conocimiento

---

<sup>36</sup> STJ 6550/2014, Fundamento de Derecho Núm. 2

por el empresario del embarazo, aunque rechazan que el mecanismo de garantía reforzada de las trabajadoras embarazadas en caso de despido previsto en dicho precepto pueda extenderse al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, razonando que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación, lo que no sucede cuando la empresa no conoce siquiera el estado de gestación de la trabajadora.(FJ 3): “el legislador sólo ha ampliado la protección de la trabajadora embarazada, tras la Ley 39/1999 (y mejorando la tutela dispensada por la Directiva comunitaria 92/1985), para los supuestos de despido causal, por lo que la extensión de esa protección prevista en el art. 55.5 b) LET a otras causas extintivas por vía analógica ( art. 4.1 del Código civil ), método delicado de integración normativa cuya aplicación exige, "por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo" ( STC 148/1988, de 14 de julio, FJ 5), sólo sería posible si existiese una identidad de razón esencial entre el despido causal y esas otras causas de extinción del contrato de trabajo”. De forma que “no cabe extender por analogía la protección dispensada para el despido en el art. 55.5 b) LET, tal como ha sido interpretada por las SSTC 92/2008 y 124/2009, a la resolución contractual en periodo de prueba, pues las diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica evidencian que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del art. 55.5 b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba”.

En definitiva, señala la Sala, la aplicación de la doctrina expuesta al objeto del recurso conduce a la desestimación de la infracción jurídica denunciada, dado que las diferencias sustanciales entre el despido y el desistimiento en la relación laboral de empleados al servicio del hogar familiar impide aplicar la tutela automática u objetiva prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la debida ponderación de la concurrencia de indicios de que se desprenda la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo invocada.

Y en lo relativo a la existencia de tales indicios, recordando su propia doctrina, concluye el Tribunal: “el dato objetivo de que la trabajadora se

encontraba en situación de baja por maternidad no es suficiente para configurar el indicio que altere las normas sobre carga de la prueba, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta. Y tampoco estimamos como tal el hecho de que se mantuviese en su puesto de trabajo a otra trabajadora que no se encontraba en tal situación constituya suficiente indicio a tal fin, por cuanto otra de las trabajadoras, que tampoco consta que se encontrase en tal situación, vio extinguido su contrato por desistimiento en la misma fecha (hecho probado quinto)". Por lo tanto, en aplicación de este criterio al caso concreto: "el mero hecho de que la empleadora operase el desistimiento cuando la actora se encontraba disfrutando de permiso por maternidad no resulta revelador de la existencia de indicios de discriminación que permitan la inversión probatoria postulada en el recurso, en atención a las circunstancias concurrentes, y sin que la normativa de aplicación permita dotar a la circunstancia de incorporación tras el permiso de maternidad del carácter de causa objetiva discriminatoria, conforme a lo expuesto anteriormente.

Por todo ello, la ausencia de acreditación de indicios de vulneración del derecho fundamental invocado impide invertir la carga probatoria, en el modo postulado en el recurso, lo que conduce a la desestimación de la infracción jurídica denunciada, y, con ello, del recurso interpuesto, con íntegra confirmación de la resolución recurrida".

Recientemente nos encontramos con otra sentencia sobre el despido de una empleada del hogar en estado de gestación, STSJ de Madrid 26 de octubre de 2015 en la que vemos de nuevo la aplicación de la STC 173/2013:

El TSJ establece que no cabe extender la previsión legal del art. 55.4 del ET claramente establecida para el despido causal, sea disciplinario u objetivo, al supuesto del desistimiento en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Asimismo, señala que, si bien es cierto que no es posible extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas.

En todo caso, el TSJ recuerda que, en casos como el presente, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato es preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido: embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación: extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto.

Esto es, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio.

Pues bien, en el caso ahora enjuiciado, la Sala considera que no existe panorama indiciario ni ningún otro hecho aducido como indicio sino el propio embarazo y el conocimiento de esta situación por el empleador.

Y, es que, el único indicio aportado por la trabajadora es el de su condición de embarazada y el conocimiento de este hecho por la empleadora, sin embargo la empleadora ha acreditado que ya con antelación de más de dos años la trabajadora había estado embarazada y había tenido un hijo durante la relación laboral sin que ello hubiera causado el menor contratiempo; y que la empleadora conocía el hecho del embarazo desde el mes de junio y notificó el desistimiento a la actora en el mes de noviembre, habiendo mantenido la relación laboral durante varios meses de embarazo.

Por todo ello, el TSJ concluye que los supuestos indicios no tienen tal naturaleza y virtualidad, pero aun en otro caso lo acreditado por el empleador sería suficiente para desvirtuar el único indicio aportado, sin que quepa exigir a la empleadora un mayor esfuerzo probatorio para acreditar sus motivos para desistir.



### **3.3. El voto disidente de la STC 173/2013.**

Como vemos, el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/2013, está siendo asumido por varios Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo es importante destacar que dicha sentencia tiene un voto particular, formulado por el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re y al que se adhieren la Magistrada D<sup>a</sup>. Adela Asua Batarrita y los Magistrados D. Luis Ignacio Ortega Álvarez y D. Juan Antonio Xiol Rios, cuyo contenido presenta la mayor relevancia.

En dicho voto se expone la disconformidad con la decisión adoptada, ya que defiende que *“el fallo de la sentencia debió aclarar la vulneración del artículo 14 CE desde el prisma de la tutela antidiscriminatoria”*, debiendo ser ésta y no otra la razón de la regulación constitucional, indica el magistrado, ya que el artículo 14 CE *“comprende exclusivamente a grupos de personas situados de manera sistemática en posiciones de desigualdad sustancial”*, como ocurre con la situación de maternidad.

El magistrado defiende que los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE. Y ello por cuanto *“las premisas de toda vulneración del art. 14 CE (RCL 1978, 2836) son las dos siguientes: de un lado, la concurrencia del factor protegido (aquí, el embarazo como realidad biológica enlazada al género, según jurisprudencia constante de este Tribunal) y, de otro, la existencia de un perjuicio asociado (aquí, la extinción del contrato de trabajo)”*.

Por lo tanto, pese a la diferente naturaleza existente entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, los factores justificativos de una tutela antidiscriminatoria se dan por igual en las extinciones causales y en las no causales, existiendo pues tanto un equivalente imperativo de protección como una identidad del factor protegido en presencia.

De ahí que este régimen tuitivo también proteja a las trabajadoras embarazadas en todos los supuestos de ceses por desistimiento empresarial, como el caso del cese por no superación del periodo de prueba.

Asimismo considera que la violación de derechos fundamentales “no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante” puede haber, lesiones del derecho fundamental objetivas, aunque no haya ánimo de discriminar. El desconocimiento del embarazo, así, no es un elemento que, por sí mismo, excluya el reproche discriminatorio.”

Por tanto la conclusión a la que llegan los firmantes del voto particular, es que la única excepción a una protección integral del embarazo, aplicable por igual a despidos y desistimientos vendría dada “por la concurrencia debidamente acreditada de una causa laboral que justifique el cese en periodo de prueba o de una causa disciplinaria que determine la procedencia del despido en los casos regulados por el artículo 55 del ET.” Y de ese modo estima el voto particular que debería haberse otorgado el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas.

#### **4. Reflexiones finales.**

En nuestra opinión el despido o cualquier extinción del contrato ya sea en periodo de prueba, por desistimiento, o finalización de contrato temporal, en cualquiera de los supuestos del art. 55.5 ET debe ser considerado nulo. Ya que, como hemos visto en el voto particular disidente de la STC 173/2013, se debe resolver dicho caso desde el artículo 14 CE, de forma que los factores justificativos de una tutela antidiscriminatoria se dan por igual en las extinciones causales y en las no causales, existiendo pues tanto un equivalente imperativo de protección.

Así, como afirma Lousada Arochena, “ninguno de los análisis anteriores justifica interpretar restrictivamente la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas excluyendo el desistimiento empresarial durante la vigencia del periodo de prueba. Y además-recordando ahora el voto particular de la STS- eso puede ser contrario a la Directiva 92/85/CEE. Con lo cual la intervención del TJUE podría alterar la doctrina constitucional. Además, la perspectiva de género, que marca el signo de nuestros tiempos, nos conduce a

*soluciones más acordes con el voto particular disidente. Todo ello nos lleva a vaticinar la futura defunción de la doctrina constitucional. En tanto, muchas mujeres y sus familias sufrirán perjuicios, y más aún en la medida en que determinadas nuevas modalidades de contratación laboral introducidas en las últimas reformas admiten periodos de prueba de un año.”<sup>37</sup>*

De igual forma vemos reflejado dicha consideración de despido nulo en el voto particular establecido en la STS 18/2011, puesto que no puede asignarse una menor protección a una mujer embarazada que se encuentra en periodo de prueba, en una situación que, supone una precariedad laboral. Incluso aunque no exista conocimiento por parte del empleador de la situación de embarazo, el simple hecho del embarazo ya supone una causa suficiente de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación.

En este sentido, se vulneran los artículos 96 y 10.2 CE, y se infringe tanto el derecho internacional, art. 9 del Convenio 183 OIT, como el art. 8 de la Carta Social Europea, y asimismo el derecho comunitario, la Directiva de Maternidad.

Según afirma el voto particular de la STS 18 abril 2011 aun cuando la protección otorgada por la referida Directiva 92/85/CEE 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. Se cita además la STJUE de 11 de noviembre de 2010, Caso Danosa C-232/09, en la cual se consideraba aplicable la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas a la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación.

Por otra parte no puede ser suficiente causa de acreditación de la ausencia de discriminación por parte del empleador el simple hecho de despedir a otro trabajador/a el mismo día; en caso contrario estaríamos ante una justificación artificiosa que propiciaría el despido de trabajadoras en situación de maternidad. Habida cuenta de los derechos fundamentales en juego se hace precisa una acreditación objetiva y razonable de las causas que

---

<sup>37</sup> LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba (A propósito de la STC de 10 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Social* Nº 63 (septiembre de 2013): Pp. 143-154.

vaya más allá de la mera coincidencia en el tiempo, máxime si tenemos en cuenta que la desvinculación de ese segundo trabajador/a durante el período de prueba no supone coste alguno para la empresa.

A lo expuesto podemos añadir una dificultad en el régimen de las empleadas del hogar, como es la doctrina judicial sobre la imposibilidad de readmisión, en los casos de despido nulo de una de estas trabajadoras cuando se haya vulnerado su derecho fundamental, puesto que tal y como entiende la jurisprudencia, la especial relación de confianza entre empleador y empleada haría muy difícil la convivencia en el ámbito doméstico. Por lo tanto en tales supuestos se hace prevalecer el derecho a la intimidad del empleador frente al de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo. De este modo consideramos que una indemnización adicional por causa de daño moral producido sería una manera de compensar, en dichos casos, la imposibilidad de retornar al puesto de trabajo, equilibrando así de alguna manera la tutela de los derechos fundamentales de ambas partes.

Por otro lado, y en lo que atañe a la exigencia de aportación de un indicio de discriminación por parte de la trabajadora, al no aplicarse la nulidad objetiva, estimamos que el propio hecho de la incorporación una vez concluido el permiso maternal, de forma que es entonces cuando se produce el desistimiento, es en sí mismo un supuesto de hecho protegido sin necesidad de ninguna otra acreditación. Por el contrario, debería haberse solicitado a la empresa alguna clase de justificación razonable de su decisión. Y es que, según señala el voto particular de la sentencia constitucional referida, una vez determinado el supuesto de hecho protegido, y el daño causado, la intención de discriminar resulta irrelevante.

En síntesis estamos ante unos hechos que deben tratarse de nuevo en la normativa en el menor tiempo posible, ya que hemos observado que existe una serie de personas que se ven vulneradas por el simple hecho de ser mujeres y decidir quedarse embarazadas. Ya que cada día más mujeres ven más difícil el acceso al mundo laboral, puesto que no saben en que momento decidirán dejar de contar con ellas por el simple hecho de ser mujer. Puesto que aunque la causa que estamos tratando es la situación de maternidad, cabe

recordar que esta situación solo es propia de las mujeres, por tanto finalmente la discriminación se crea sobre las mismas.

Pero aún podemos observar esa luz al final del túnel para aquellas que no están sometidas al régimen especial de empleadas del hogar o acaban de conseguir un empleo, porque estas personas son las más vulnerables ya que la doctrina establecida a estos casos no protege de ninguna forma la situación de maternidad, cuestión que está reflejada como ya hemos dicho en distinta normativa, y para el caso del periodo de prueba en el que la persona en dicha situación debe tener los mismos derechos que un profesional en situación indefinida, por tanto en este caso observamos de manera fácil que si le profesional en situación indefinida se queda embarazada y la empresa decide rescindir de su contrato, pues estaremos ante un despido nulo, en el caso contrario y con los mismos derechos que cualquier persona de la empresa la trabajadora en periodo de prueba se consideraría un desistimiento tal y como ocurre en el régimen de empleadas del hogar, pudiendo en ambos casos el empleador rescindir de dichas profesionales en el momento que crea conveniente debido a que no está establecido que deba justificar la causa del hecho, más aun si le suma que el mismo día despide a otra persona.

En definitiva, estamos ante una situación de extinción de contrato no ampliada de momento por la normativa, puesto que el empleador ve en estas situaciones una “salida” para rescindir de la trabajadora embarazada o en periodo de maternidad cuando crea conveniente.

## Bibliografía

CASTILLO, Inmaculada. Despedir a la Empleada de Hogar por desavenencias. Mundojuridico.info.(12/06/2014) <http://www.mundojuridico.info/despedir-a-la-empleada-de-hogar-por-desavenencias/>

CHING, María Inés. 60.000 mujeres sufren discriminación por embarazo o maternidad, Madrid.(12/05/2015) [http://cadenaser.com/ser/2015/05/12/sociedad/1431431275\\_065939.html](http://cadenaser.com/ser/2015/05/12/sociedad/1431431275_065939.html)

FERNANDEZ LÓPEZ, María Fernanda. Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: La protección de la mujer embarazada. Temas Laborales 2005, nº 79, p. 11-68.

GARCIA, Manrique Ricardo. Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2003, p. 1-10.

LLUCH CORELL, Francisco Javier. El cese de la trabajadora durante el periodo de prueba, Revista de jurisprudencia El Derecho, 2014, nº 1.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba, Revista de Derecho Social 2013, nº 63, p.143-145.

MUNIN SANCHEZ, Lara María. La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo, 2014, p. 260-262.

PERAITA, Laura. Cuando el enemigo está en la empresa, Madrid. Abc.es. (30/06/2012), <http://www.abc.es/20120628/familia-padres-hijos/abci-acoso-madres-empresa-201206281516.html>

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. Mujeres, Contratos y Empresa desde la igualdad de género. Epigrafe 44. El principio de la igualdad en las relaciones de trabajo: La no discriminación por razón de género, 2014.

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. El despido de la mujer embarazada, Biblioteca básica de práctica procesal, serie laboral, 2006, p.18-25.

SAURA, Jaume. La Carta Social Europea: Esa desconocida..., Barcelona. Eldiario.es. (13/02/2014) [http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Carta-Social-Europea-desconocida\\_0\\_228527556.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Carta-Social-Europea-desconocida_0_228527556.html)

VIERA ALVAREZ, Christian. La nulidad del despido de la mujer embarazada: Historia reciente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español. Revista Nomos 2009, nº3, p. 263-275.

VILLA DE LA SERNA, Paula. Las tres "Cartas" Europeas sobre Derechos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2001, nº32, p. 273-314



**Relación de Jurisprudencia relativa a la Vulneración del principio de Igualdad: Discriminación por Razón de Sexo.**

STC 136/1996, de 23 de Julio.

STC 41/2002, de 25 de Febrero.

STC 17/2003, de 30 de Enero

STS 24/2007, de 24 de Julio.

STC 92/2008, de 21 de Julio.

STC 124/2009, de 18 de Mayo.

STS 18/2011, de 18 de Abril.

STC 17/2013, de 10 de Octubre.

STSJC 6550/2014, de 7 de Octubre.

STSJM 12204/2015, de 26 de Octubre.





