

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, respecto a la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada por el Pleno en el recurso de amparo avocado núm. 3773-2011.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, con pleno respeto a la opinión de mis colegas, por medio de este Voto particular quiero ante todo hacer constar que comparto íntegramente su Fallo, por entender que la tutela objetiva atribuida a las trabajadoras en situación de embarazo en caso de despido es resultado de una opción legítima del legislador; no deriva pues de una exigencia constitucional, capaz incluso de obligarle a extender dicho tratamiento a trabajadoras que, en similar estado, desarrollan su labor en periodo de prueba.

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

2. El conocimiento por la empresa de la situación de embarazo resulta sin duda particularmente relevante, así como la notable dificultad de la trabajadora para probar que ha tenido lugar. Este problema ha encontrado una doble respuesta. La Directiva europea

92/85/CEE establece que debe ser la trabajadora la que comunique a la empresa su situación, para que tenga de ella conocimiento y poder derivar en su caso la oportuna denuncia de trato discriminatorio. El legislador español, por el contrario, ha optado por establecer una tutela objetiva de efecto automático, que hace superflua toda constatación de la existencia de una subjetiva discriminación de la trabajadora afectada.

Los Antecedentes de la presente Sentencia dejan claro que la trabajadora interpone su primera demanda “por entender que la empresa había puesto fin a la relación laboral al saber que estaba embarazada”. Con posterioridad, el acceso a la casación para unificación de doctrina le lleva a plantear de modo menos acertado una interpretación extensiva de la nulidad objetiva contemplada por el artículo 55.5 b) de la Ley 39/1999 que reforma el Estatuto de los Trabajadores, con obligada marginación de la discriminación antes denunciada. Me preocupa que haya sido solo esta última argumentación la que, de modo a mi juicio excesivo, centrara la atención en los Fundamentos de la Sentencia.

A la hora de descartar una posible vulneración se irá afirmando, en las sucesivas instancias, que “no consta probado que la empresa tuviera conocimiento de este hecho”, sin alusión a quién debería haberlo probado; que la resolución del contrato se produce “no constando que la empresa tuviera conocimiento de ello”, y que “no había quedado probado que la empresa conociera el embarazo”, “al no constar que la empresa conociera el estado de gestación de la trabajadora”; se afirma igualmente que la empresa “desconocía (conforme quedó acreditado en el proceso *a quo*) el estado de gestación de la trabajadora”.

También el Fiscal considera que estamos “ante un supuesto en el que no había conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora”, añadiendo un aspecto nada irrelevante: “el parámetro para juzgar la hipotética lesión del derecho fundamental habría de ser el genérico del ofrecimiento por la trabajadora de indicios de una actuación discriminatoria y la consiguiente inversión de la carga de la prueba”, lo que lleva a interrogarse sobre qué tipo de indicios habría de aportar y si no habría que considerar indicio suficiente su no cuestionada situación de embarazo. Sobre todo, al afirmarse en el FJ 5 “la ausencia de indicios de tal discriminación, entre otras razones, aunque no sólo, por la falta de

acreditación del conocimiento empresarial del embarazo”, reiterando lo ya apuntado en el FJ 4: “en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora”. Todo ello puede suscitar la duda de si este extremo fue analizado con suficiente profundidad, como para poder afirmar en el FJ 6 que la trabajadora “como bien se razona en las Sentencias impugnadas, no aportó indicios racionales de discriminación por motivo de embarazo, toda vez que ni siquiera resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación, lo que excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo”. Ya se había anticipado en el FJ 5 que, en consecuencia, no se ha privado a la trabajadora “de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba”. Invita a la duda también que en un pasaje de la Sentencia 41/2002, de 25 de febrero, citada por la empresa en apoyo de su postura, se afirme que “las alegaciones de la demandante no resultan convincentes en cuanto a la existencia de indicios de discriminación”, lo que parece hacer gravar no sobre la empresa sino sobre ella de modo excesivo una carga probatoria. No en vano en la primera instancia se afirmó, sin precisar su alcance, que “la actora debe acreditar un indicio que genere una razonable sospecha”.

3. Aleja también a esta Sentencia de las inicialmente aludidas el hecho de que la empresa haya aportado una doble explicación para justificar su desistimiento de continuar la situación contractual. La primera puede considerarse plausible, al no haberse logrado los objetivos inicialmente propuestos a la trabajadora, si bien su cómputo se realiza teniendo en cuenta únicamente lo conseguido en el primero de los dos meses del periodo de prueba. No resulta tan convincente –ante la necesidad de descartar la existencia de discriminación, en situaciones tan proclives a generarla– el hecho de que se haya producido similar desistimiento de la empresa respecto a un trabajador varón. No solo porque –ahora sí, sin duda alguna– este no estaba embarazado, sino porque de asumirse acriticamente tal justificación, bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar periodo de prueba.

Partiendo de estas reflexiones, me he inclinado a emitir este Voto particular explicitando mis reservas, que no me han impedido suscribir la Sentencia, pues su resultado no me parece falto de fundamento.

Madrid, a diez de octubre de dos mil trece.