

DE NUEVO SOBRE EL DESPIDO POR EMBARAZO, ¿REQUIERE CONOCIMIENTO DEL EMPRESARIO?

(Comentario a la STS, Sala de lo Social,
de 24 de julio de 2007, rec. núm. 2520/2006) *

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Extracto:

DESPIDO de mujeres embarazadas. Para que merezca la calificación de nulo es preciso el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. No exigiendo nuestro ordenamiento la comunicación al empleador, basta que este tenga constancia del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo, siempre y cuando no concurran razones que justifiquen la calificación de improcedencia.

Palabras clave: despido, nulidad, mujeres embarazadas y no discriminación.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 296, noviembre 2007 o en *Normacef Social*.

Sumario

1. Del derecho a comunicar o no la gestación, a las consecuencias adversas de su omisión para la trabajadora, en caso de despido.
2. Una perspectiva dual imprescindible: de la lucha contra el móvil discriminatorio, a la mera tutela de estabilidad en el empleo de la trabajadora embarazada.

1. DEL DERECHO A COMUNICAR O NO LA GESTACIÓN, A LAS CONSECUENCIAS ADVERSAS DE SU OMISIÓN PARA LA TRABAJADORA, EN CASO DE DESPIDO

En un reciente artículo publicado en esta revista, titulado «Despido nulo por sorpresa de la trabajadora embarazada», se acababa diciendo que nuestro Ordenamiento Jurídico **no obliga a la trabajadora a que comunique su situación de embarazo al empresario.**

No existe ninguna perspectiva del deber de buena fe [arts. 5.º a) y 20.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)] que lleve a la conclusión contraria, pues la trabajadora no tiene que abandonar el ejercicio de su privacidad, de la reserva de los datos afectantes a su persona que no necesite conocer el empresario en orden a la ejecución de su contrato de trabajo.

Tan solo **cuando el trabajo que desempeña sea incompatible con el buen ejercicio empresarial del deber de protección** [art. 4.º 2 d) de la LET, en relación con el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales] **es cuando surge el deber de la trabajadora de colaborar para que el empresario cumpla su deber de prevención de riesgos laborales** (art. 29.2.2.º, 5.º y 6.º de la LPRL).

Cuando ese riesgo se produzca, la trabajadora viene obligada a comunicar su situación de embarazo. Ello no significa que se exija de la trabajadora una conducta atentatoria de la dignidad de la mujer embarazada, sino una colaboración en defensa de derechos que protegen bienes superiores de su hijo y de ella misma.

Pero **mientras ese riesgo no tenga lugar, la trabajadora no viene obligada a notificar su embarazo al empresario.** Como ocurre con tantas otras situaciones, tales como el fallecimiento de un familiar, el ejercicio del derecho de voto en elecciones municipales y otros. **En tales casos, no obtendrá los derechos que se derivan de tales situaciones,** tales como las pertinentes licencias (art. 37.3 de la LET). Y **del mismo modo ocurre con la presunción *iuris tantum* de nulidad del despido. Es ella la que debe valorar, en concreto, sus derechos para ejercer el que estime más adecuado.**

Se trata ahora de seguir en esa línea de estudio, **pero ya con un cambio normativo fundamental, cual es la existencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.**

El siguiente paso de estudio se centra ahora, precisamente, en saber **si para que el despido durante el embarazo de la trabajadora sea nulo, se necesita, con significado constitutivo, que el empresario conozca la existencia de dicho embarazo.**

La línea de la jurisprudencia es expresiva de la necesidad de dicho conocimiento empresarial. Lo afirma así la de 19 de julio de 2006 y lo reitera la que se comenta de 24 de julio de 2007.

El argumento de la jurisprudencia es contundente: **no existe móvil discriminatorio si el empresario no conoce la situación de gravidez de la trabajadora. Esta ha de demostrar la existencia del «hecho indicio», puesto que si no hay «hecho indicio» no puede haber presunción [art. 385.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil]. En el caso del artículo 55.5 b) del ET, el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo.** Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio.

A ello añade la jurisprudencia que, en caso contrario, sufre la **«seguridad jurídica»**, pues –se dice– se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada.

Al respecto se citan algunas sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se afirma que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria (STC 41/2002, de 25 de febrero, y STC 17/2003, de 23 de enero).

Pero, como se puede apreciar, las mismas se refieren únicamente a la discriminación y al móvil discriminatorio. A ello se une que, en todo caso, no vale plenamente la jurisprudencia constitucional para interpretar el artículo 55.5 de la LET, pues no falta alguna sentencia como la STC 342/2006, de 11 de diciembre en la que se dice **algo de difícil aceptación en el ámbito estricto laboral**, cuando se afirma que **«el mero dato del conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la recurrente y el posterior despido, no puede constituir, por sí solo (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo»** (FJ, 5-5).

También se aporta la cita de concepto de **«trabajadora embarazada» que incluye el artículo 2.º a) de la citada Directiva: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».**

Pero esta definición vale solo cuando se trata de hacer eficaz alguna disposición de la Directiva, no cuando, como es el caso, se trata de una cuestión para la que la Directiva no ofrece una solución útil. El concepto es referencial en los demás supuestos, como es el presente, aparte de que la Directiva deja exceptuada la perspectiva que se obtenga el concepto «**con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales**» y esto es, precisamente, lo que se está estudiando.

El dato a acreditar por la trabajadora, según el Tribunal Supremo, no es una formal «comunicación» al empresario del estado de embarazo. Basta con que este tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo.

Pero ahí está parte de la evanescencia del requisito, que sin exigir la comunicación, requiere **que se demuestre que en el centro de trabajo se sabía, ¿por quiénes y por cuántos?** Es decir el empresario ha de pasar por el hecho de que lo supieran dos o tres compañeras de la demandante, o por el contrario se requiere que lo sepan sus superiores o él mismo, en cuyo caso **¿cómo demuestra la trabajadora la realidad de los hechos, ante una negativa tajante del empresario, si lo relevante es la prueba de un dato del conocimiento de éste, que no requiere comunicación previa?**

El modo de conocimiento parece algo impreciso.

2. UNA PERSPECTIVA DUAL IMPRESCINDIBLE: DE LA LUCHA CONTRA EL MÓVIL DISCRIMINATORIO, A LA MERA TUTELA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

Es aquí y ahora donde se tienen que aportar las adquisiciones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Es imprescindible distinguir entre **la nueva garantía del derecho específico al propio puesto de trabajo**, en caso de embarazo, a falta de motivo disciplinario u otro legal, y **la lesión del derecho a la no discriminación directa, que se configura como la lucha contra un móvil discriminatorio** por el sexo e incluso por el derecho a una indemnización limitada a este último caso (art. 72.1).

La tutela del puesto de trabajo a favor de las mujeres se manifiesta también como proyecto de la negociación colectiva, auspiciado por el legislador (art. 17.4 de la LET reformado por la Ley Orgánica).

En efecto, una cosa es la lucha contra la discriminación directa por razón del sexo, en cuanto se trata de un trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8.º) y otra es la protección de la maternidad, con **especial atención a la asunción por la sociedad de**

los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia, y con el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres (art. 14.7 y 8).

Por ello, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho, respecto de los hombres (art. 11.1).

Entre los fines de las medidas que se pretenden de política de empleo, se encuentra el objetivo prioritario de aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Para ello, el legislador prevé, entre otras cosas, la mejora de la permanencia en el empleo de las mujeres (art. 42.1).

Si se exige que la demandante ponga en conocimiento del empresario su embarazo, para disfrutar del beneficio del mantenimiento de su empleo, se está exigiendo algo contrario al mandato legal, según el cual, para acceder a bienes o servicios, ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos (art. 70), salvo por razones de protección de su salud, que no es el caso.

En el artículo 53.4 de la LET, reformado por la Ley Orgánica, se distingue entre: a) los casos de lucha contra el «móvil» de discriminación prohibido por la CE; y b) las medidas de tutela o garantía de estabilidad en el empleo a favor de las trabajadoras embarazadas despididas y de los trabajadores en caso de embarazo de sus esposas.

Literalmente hablando, una vez hechas las previsiones legales sobre las consecuencias de la identificación de un supuesto de móvil discriminatorio (art. 53.4), se contemplan concretas medidas de tutela a trabajadora embarazada y trabajador padre [art. 53.4 a), b) y c)] en caso de despido no procedente, por el hecho de ser tales, sin exigir la existencia de móvil discriminatorio alguno, ni de pretensión lesiva de ningún derecho derivado del sexo o de la paternidad.

Exactamente igual se ve en el artículo 55.5 de la LET reformado.

La tutela del mantenimiento del puesto de trabajo se obtiene con la declaración de la nulidad del despido. Es coherente con el resto de las disposiciones que se han citado de la Ley Orgánica 3/2007 y se mantiene en un plano adicional y separado. Para la aplicación de esta protección no existe presunción alguna, ni inversión de carga de la prueba, ni hecho indiciario, basta la prueba de la gestación.

No se trata de sanción por daños, de manera que no contiene derecho a indemnización, sino de especial medida de política de empleo. No hay inseguridad porque la condición es legal, al margen de que el empresario la conozca o no y, ni siquiera, de que tenga derecho a conocerla en el tiempo anterior. Tampoco tiene derecho a conocer la adhesión religiosa, ni sindical, ni política, ni los antecedentes sociales, y otros datos que pueden ser relevantes en un proceso.

Esa tutela está ahí, para la madre y el padre, si la quieren utilizar, al margen de cualquier móvil discriminatorio en el despido no procedente.