



Roj: STSJ M 14607/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:14607

Id Cendoj: 28079340062024100807

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 6

Fecha: 20/06/2024

Nº de Recurso: 187/2024

Nº de Resolución: 469/2024

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: MARIA ISABEL SAIZ ARESES

Tipo de Resolución: Sentencia

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

**NIG:**28.079.00.4-2023/0069101

**Procedimiento Recurso de Suplicación 187/2024**

**MATERIA:**DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO **SOCIAL** N. **19** de **MADRID**

**Autos** de Origen: DEMANDA DESPIDO **647/2023**

**RECURRENTE:** D<sup>a</sup> Sandra

**RECURRIDO:** DIGITEX INFORMATICA S.L.

**MINISTERIO FISCAL**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En **Madrid**, a veinte de junio de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de **MADRID** formada por los Ilmos. Sres. Magistrados **D. JOSE MANUEL YUSTE MORENO, PRESIDENTE, D<sup>a</sup> OFELIA RUIZ PONTONES** y **D<sup>a</sup> MARIA ISABEL SAIZ ARESE** han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 469**

En el recurso de suplicación nº **187/2024** interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> Almudena Nicolás Martín en nombre y representación de **D<sup>a</sup> Sandra**, contra la sentencia dictada por el **Juzgado** de lo **Social** nº **19** de los de **MADRID**, de **fecha 10.11. 2023**, ha sido Ponente la **Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA ISABEL SAIZ ARESES**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** -Que según consta en los **autos** de **DESPIDO** nº **647/2023** del **Juzgado** de lo **Social** nº **19** de los de **Madrid**, se presentó demanda por **D<sup>a</sup> Sandra** contra **DIGITEX INFORMATICA S.L.** en reclamación por



**DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia de **fecha 10.11.2023** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que, desestimando la demanda interpuesta por DOÑA Sandra contra DIGITEX INFORMÁTICA S.L., absuelvo a la sociedad demandada de las pretensiones deducidas en su contra en el proceso."*

**SEGUNDO.** -En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"

1. La demandante, DOÑA Sandra, ha prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de DIGITEX INFORMÁTICA S.L. desde el 8 de mayo de 2023, con una categoría profesional de teleoperadora y un salario de 999,46 euros al mes con prorrata de pagas extra (antigüedad y categoría profesional no se han debatido; en cuanto al salario, es el indicado por la empresa, al ser superior al que correspondería conforme al convenio colectivo).

2. La demandante no ha ostentado en el último año ni ostenta en la actualidad ningún cargo en representación de los trabajadores (no debatido).

3. La demandante fue contratada para realizar una jornada de 30 horas a la semana (se desprende de su contrato).

4. La demandante prestaba sus servicios por medio de teletrabajo desde su domicilio en **Madrid** (no debatido).

5. La empresa demandada se dedica a la actividad de contact center (se desprende del contrato).

6. El contrato de trabajo de la demandante era eventual, con una duración prevista hasta el 14 de julio de 2023. En él se estableció un periodo de prueba de un mes. La causa de la contratación temporal que se indicó fue la siguiente: "Por circunstancias de la producción derivada del incremento ocasional e imprevisible de la actividad, como consecuencia de la comunicación del cliente MANGO de 29 de marzo de 2023, informando del incremento de llamadas de clientes en los mercados de Francia, Alemania, España y UK, con motivo de la implantación de los nuevos aplicativos de gestión" (documental con la demanda).

7. Con carácter previo, entre el 24 de abril de 2023 y el 5 de mayo de 2023 la demandante realizó una formación previa, en horario de 9 a 15 horas (documento nº 6 de la empresa).

8. La demandante ha sido retribuida por la empresa por ese periodo formativo con un importe de 969 euros más incentivos (hecho reconocido por la empresa).

9. En ese periodo de formación la demandante no atendió llamadas reales y no tuvo acceso a las aplicaciones o equipos necesarios para hacerlo. La formación se realizó de forma telemática, en el horario señalado por la parte demandada y con acceso a un programa interno en el que están los materiales necesarios para ello. Esa formación se realiza con los propios equipos de los participantes, que reciben equipos de la empresa una vez incorporados al puesto de trabajo. Las inasistencias a la formación habían de ser justificadas. En esa fase de formación se realizan dos exámenes para determinar qué candidatos entrarán en la empresa. La demandada abona una retribución correspondiente a la formación en caso de que esta se supere (se desprende de la testifical).

10. El 26 de mayo de 2023 la empresa comunicó a la demandante la extinción de su contrato de trabajo en esa **fecha** por no superar el periodo de prueba. la comunicación escrita entregada al efecto obra aportada con la demanda y se da por reproducida.

11. La decisión de extinguir el contrato de la demandante se tomó junto con la de otras 5 personas (documento nº 9 de la empresa).

12. En esa **fecha** la demandante estaba embarazada (resulta de la documental que se aportó en el juicio por la actora y puede estimarse finalmente no debatido por la empresa).

13. La demandante pidió cita en el SOJ para solicitar abogado de oficio el 1 de junio de 2023. La designación se hizo el 21 de junio de 2023 (no se ha debatido).

14. La Comisión de Asistencia Jurídica de la Comunidad de **Madrid**, en su reunión de 11 de agosto de 2023, reconoció a la actora el beneficio de asistencia jurídica gratuita (resulta de los trámites previos al juicio que obran en **autos**).

15. La papeleta de conciliación se presentó el 1 de junio de 2023. El acto de conciliación se intentó sin efecto el 20 de junio de 2023. La demanda se interpuso el 7 de julio de 2023 (acta del SMAC y justificante del reparto de la demanda)."



**TERCERO.**-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los **autos** a esta Sala de lo **Social**, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para **votación y fallo el día 12 de junio de 2024**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Frente a la Sentencia de instancia que desestima la demanda formulada por D<sup>a</sup> Sandra interpone la trabajadora recurso de suplicación que ha sido impugnado por la empresa demandada, y que articula a través de dos motivos de recurso formulados ambos al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS solicitando la revocación de la sentencia y la estimación de la demanda en todos sus extremos declarando conforme a derecho que se trata de un despido nulo.

**SEGUNDO.**-1. En primer término debemos pronunciarnos acerca de las alegaciones realizadas por la empresa al impugnar el recurso entendiendo que concurren causas de inadmisibilidad del recurso. A tal efecto señala la empresa que no se formaliza el recurso conforme a lo establecido en la Ley reguladora de la Jurisdicción **social**, no fundamentando ni basando sus pretensiones al amparo de lo establecido en el art. 193 de la misma, alega que se realizan manifestaciones genéricas sobre su punto de vista en el procedimiento a quo, sin indicar el número de folio de la prueba donde se basa para realizar su argumentación, sin solicitar en su escrito que se adhieran o adicionen nuevos hechos nuevos al contenido de la sentencia. Se alega que la formulación del recurso es al amparo del artículo 193 letra c) de la LRJS, es decir, a través del examen de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia con ausencia manifiesta de formulación al amparo del artículo 193 letra b), ya que la recurrente en su escrito no solicita que se revisen los hechos probados de la meritada sentencia determinantes para la constitución de su fallo, y que como no se ha instado la revisión del hecho probado 9º siendo el mismo fundamental a los efectos de la fundamentación jurídica del tribunal a quo a los efectos de excluir el periodo de formación previo a la contratación, procede la inadmisión del recurso de suplicación, indicando además que no se identifican las normas sustantivas que determinaron el fallo de la sentencia por lo que los motivos de suplicación formulados entiende que se formulan de manera imprecisa, alegando que resulta imposible una revisión de la sentencia de instancia sin haber solicitado por la recurrente un examen de la aplicación del artículo 80 del Convenio Colectivo de Aplicación que resulta de interés relevante para articular la fundamentación jurídica del tribunal a quo.

2. Como se indica en la STS de **fecha** 8-3-18, recurso nº 29/17, en doctrina igualmente aplicable al recurso de suplicación, con el que comparte idéntica naturaleza: "Conforme es de ver en las SSTS 15/12/2016, rec. 264/2015 ; 17/5/2017, rec. 240/2016 ; 17-10-2017, rec. 1663/2015 , entre otras muchas, esta Sala viene reiterando de manera uniforme una serie de principios sobre la adecuada formalización del recurso de casación, que podemos sintetizar de la siguiente forma: 1º) "Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho. Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación". 2º) "No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993 , 37/1995 , 135/1998 y 163/1999 . Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" ( SSTC 5/1988, de 21 de enero , y 176/1990, de 12 de noviembre). 3 º) Pero esto no supone que pueda ser admisible cualquier escrito de recurso que no cumpla adecuadamente con las exigencias formales requeridas en los arts. 207 y 210 - o en los arts. 193 y 196 en relación con el recurso de suplicación - LRJS , en tanto que son consustanciales a ese instituto procesal y adquieren una especial relevancia en razón de su naturaleza extraordinaria. 4º) Razón por la que debe desestimarse cualquier defectuoso escrito que incumpla de forma grave e insubsanable la obligación de expresar por separado cada uno de los motivos de casación y exponer con el necesario rigor y claridad las causas de impugnación de la sentencia, razonado la pertinencia y fundamentación de cada motivo, con argumentación y alusión suficiente al contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, y mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas ( STS 23 septiembre 2014, rec.66/2014 )".



3. Partiendo de los criterios expuestos, no podemos advertir defectos en el escrito de recurso que pudieran llevar a inadmitir el mismo como pretende la parte demandada al impugnar. Ambos motivos se formulan al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, de manera que no combate la parte actora la relación fáctica de la sentencia sino la argumentación jurídica de la misma que lleva a la desestimación de la demanda, siendo así que el artículo 193 de la LRJS establece tres tipos de motivos a formular en el recurso de suplicación, y si bien la formulación de un motivo destinado a la revisión fáctica si no se acompaña de la debida alegación de una infracción jurídica que hubiera cometido la sentencia de instancia conllevaría la desestimación del mismo pues la revisión fáctica no tiene un fin en sí misma, sino que se proyecta, con carácter necesario, hacia la pertinente consideración o modificación de la tesis jurídica sostenida en la sentencia, por lo que la actuación del motivo requiere ineludiblemente que vaya acompañada del adecuado motivo dedicado al análisis de la censura jurídica correspondiente, no sucede lo mismo con la interposición del recurso únicamente para combatir la argumentación jurídica y denunciando así las infracciones jurídicas que aprecia en la sentencia de instancia pues puede entender la parte recurrente que no hay que revisar el relato fáctico pero que a la vista del mismo se aprecian las infracciones jurídicas alegadas que es lo que debe la Sala proceder a examinar a partir de lo que se expone en los dos motivos de recurso formulados. No concurre por ello causa alguna de inadmisibilidad del recurso y procedemos a entrar a conocer del recurso formulado.

**TERCERO.-1.** El primer motivo de recurso denuncia al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS la infracción del artículo 1 del ET alegando que de acuerdo con el mismo, el contrato tendrá indole laboral cualquiera que sea el nombre que las partes le den. Señala que las funciones o requisitos del contrato son: El carácter voluntario, personal, retribuido, dependiente y por cuenta ajena que define el ámbito de aplicación del derecho del trabajo y que tomando en consideración qué se entiende por "contrato de trabajo" el acuerdo entre el empresario y el trabajador por el que éste se compromete, de forma voluntaria, a prestar determinados servicios, por cuenta del empresario, dentro de su ámbito de organización y bajo su dirección, a cambio de una retribución (1.1 ET), se ha de entender que esa formación previa que ha realizado la trabajadora, entra dentro de dicha descripción y cumple los requisitos para quedar encuadrada como contrato de trabajo, citando distintas sentencias en orden a la consideración de una prestación de servicios como relación laboral, indicando los requisitos que a la vista de la misma se exigen para entender que estamos ante una relación laboral. Alega que la formación obligatoria (como es el caso) y según reiterada jurisprudencia tiene la consideración de trabajo efectivo, aunque la obligación de realizar la formación se derive de una normativa nacional y la actividad que el trabajador desarrolle durante los períodos de formación profesional sea distinta de la que ejerce en el marco de sus funciones habituales ( TJUE 28-10-21, asunto C-909/19) y que por ello ha de entenderse que el contrato, al no haberse dado de alta a la trabajadora en el momento del inicio de la relación laboral (cuando comenzó la formación obligatoria), era indefinido a jornada completa.

2. Señala la sentencia de instancia en el fundamento de derecho tercero en lo relativo a la antigüedad de la trabajadora que la que se estima acreditada es de 8 de mayo de 2023, coincidente con el contrato de trabajo, sin que se aprecie que en el periodo previo al mismo exista una relación laboral. Y a tal efecto lo que señala es que lo *"que se desprende de la prueba practicada es que con anterioridad a la firma del contrato la demandante realizó un periodo formativo en las condiciones indicadas en los hechos probados, por el que fue retribuida con la cantidad indicada por la demanda en su contestación y con unos incentivos mencionados en esa contestación y cuyo concreto alcance o importe no se ha precisado ni acreditado. Si bien es cierto que la actividad formativa se ha realizado conforme a criterios completamente decididos por la empresa (horarios y materiales formativos) y que la demandante ha percibido una retribución por ella (que conforme a lo indicado por el testigo cabe entender que se abona por la superación de esa formación), lo que se estima determinante para excluir la real existencia en ese periodo de un contrato de trabajo es la inexistencia en él de una prestación de servicios para la empresa por parte del trabajador. Así, de la testifical se desprende que durante ese periodo formativo, que cabe entender a la vista de sus manifestaciones que también sirve para la selección de los candidatos adecuados, las personas que lo realizan no atienden llamadas reales y, de hecho, no tienen acceso a las aplicaciones necesarias para ello. En tales condiciones, y tratándose de un periodo previo a la formalización del contrato, no se aprecia que exista una prestación de servicios que pueda ser calificada como laboral, al faltar esa exigencia, que se desprende del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores . La parte actora ha alegado en apoyo de sus tesis la sentencia del TJUE de 28 de octubre de 2021, dictada en el asunto C-909/19 , en la que se señaló que "el período durante el cual un trabajador cursa una formación profesional que le impone su empresario y que se desarrolla fuera de su lugar habitual de trabajo, en los locales del proveedor de los servicios de formación, y durante el cual no ejerce sus funciones habituales constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición". Sin embargo, el caso que era objeto de esa resolución y el que ahora nos ocupa difieren en un aspecto esencial. Ese caso, como se desprende por ejemplo del apartado 43 de la sentencia, cabe entender que se refería a quien ya estaba contratado por la empresa y se veía obligado a cursar una formación profesional que le imponía quien ya era su empresario. No es el caso de la demandante, porque ella realizó esa formación con carácter previo a su contratación por la empresa. Estamos, por tanto, ante el periodo de formación "previo a la contratación" al que se alude en el*



*artículo 80 del convenio colectivo del sector de contact center, que señala que se entenderá terminado cuando la persona atienda llamadas reales.*"Y precisamente esa misma interpretación en relación a la formación previa prevista en el convenio colectivo del Contac Center es la que ha llevado a cabo esta Sala en la Sentencia de **fecha** 3 de mayo del 2010( RS 525/2010 sección 6ª) en la que señalamos: "el problema jurídico consistente en la naturaleza del período de formación previo al contrato de trabajo fue ampliamente debatido en la instancia; incluso sin la existencia del precepto convencional habría que calificar la naturaleza del período de formación para considerarlo o no como relación laboral en función del cumplimiento de los presupuestos del *art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores* . El art. 76 del convenio colectivo de Contact Center (Res. 7-2-08, BOE 20-2-08) dispone lo siguiente: "El período de formación previo a la contratación como operador se entenderá terminado cuando la persona atienda llamadas reales. Cuando los trabajadores contratados deban asistir con carácter obligatorio a cursos de formación, las empresas abonarán las horas empleadas al valor tipo hora convenio que corresponda al nivel salarial del trabajador." Compartiendo la tesis desarrollada por la empresa recurrente en el motivo analizado, la situación litigiosa en el período 25-9-08 a 10-10-08 ambos inclusive, corresponde al período de formación previo a la contratación y no puede considerarse como relación laboral. De acuerdo con los hechos probados, no impugnados, el actor realizó por exigencia de la empresa un período de formación en la empresa para prestar servicios en el servicio 010 del Ayuntamiento de **Madrid**, durante el período antes referido. En dicho curso, el demandante no realizó llamadas reales, salvo en su parte final - en los últimos días, se aclara en el fundamento jurídico 1º de la sentencia del **Juzgado** - y siempre en presencia de su tutor o coordinador. El curso tenía naturaleza teórica y práctica. Si no se supera el período de prueba, el curso de formación no es abonado por la empresa. La empresa computa el período de prueba a partir de la firma del contrato, que es cuando el trabajador realiza llamadas reales sin ser tutelado (hechos probados 1º y 8º). Partiendo de tales premisas no puede considerarse como relación laboral el período de formación. No es sólo que el convenio colectivo así lo disponga, al referirse al período de formación "previo a la contratación", sino que no concurren los presupuestos del *art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores* . No hay prestación de servicios, ya que solamente se imparte formación, y las llamadas reales que únicamente se realizan en los últimos días han de considerarse pertenecientes a la formación práctica impartida, ya que se efectúan bajo la vigilancia y supervisión del tutor o coordinador. No existe inserción en el ámbito directivo u organizativo de la demandada, lo cual no es posible, ya que si no hay prestación de trabajo mal puede existir la dependencia o subordinación en su realización, ni sería pensable el ejercicio del poder disciplinario. No existe retribución, con independencia de que la empresa decida abonar el curso - sin que conste cuáles son las bases o cuantía de esa remuneración - al trabajador que luego es contratado y supera el período de prueba. El art 76 del Convenio Colectivo distingue perfectamente entre el período de formación previo a la contratación y los cursos de formación a los que asisten los trabajadores que ya están contratados." Y se ha pronunciado también en esos mismos términos la STSJ de Cataluña de 7 de noviembre del 2023 (RS 2903/2023) al indicar: "Para determinar si el periodo de formación que la actora tuvo, previo a la contratación, ha de ser tenido en cuenta a efectos de fijar la antigüedad en la empresa demandada, se de tener en cuenta, lo dispuesto en el II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector Contact Center (BOE 12-7-2017), que regula en su artículo 73 " *Periodos de formación previa y formación continua*",y dispone: " *El periodo de formación previo a la contratación se entenderá terminado cuando la persona atienda llamadas reales. Cuando las personas contratadas deban asistir con carácter obligatorio a cursos de formación, las empresas abonarán las horas empleadas al valor tipo hora Convenio que le corresponda según su nivel salarial.*"En los mismos términos viene regulado en el artículo 80 del III Convenio Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector Contact Center (BOE 9-6-2023). Partiendo del citado precepto, en el que se establece la existencia de una formación previa a la contratación, es decir durante el proceso de selección, no puede computarse el mismo a efectos de la antigüedad del trabajador; pues se configura convencionalmente como anterior al inicio de la relación laboral, y, además, en este periodo tampoco se cumplen los presupuestos del *artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores* ,ya que durante dicho periodo no se realizan llamadas reales, por lo que no existe una prestación de servicios bajo la organización y dependencia de la empresa; y en este mismo sentido se han pronunciado las *sentencias, citadas por la parte recurrente, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3-5- 2010 (Rec. 525/2010 ),y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30-5-2017 (Rec. 1067/2017 ),*referidas ambas al Convenio Colectivo Estatal de Contact Center (anteriormente Telemarketing). En este caso, y del examen de los hechos probados de la sentencia de instancia, con la modificación estimada en el motivo de revisión fáctica, resulta que la actora ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada, Majorel Tría, S.L., mediante contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción de **fecha** 27 de septiembre de 2021, categoría profesional de teleoperadora; y del 16 al 23 de septiembre de 2021 realizó la formación previa a la contratación dentro del proceso de selección de la empresa superando las pruebas realizadas. En consecuencia, en el periodo 16 a 23 de septiembre la actora realizó la formación previa prevista en el Convenio Colectivo, sin que conste que atendiera llamadas reales, por lo que no se ha probado que durante el citado periodo prestara servicios por cuenta y dependencia de la demandada. Finalmente, hemos de señalar que, en este caso, y contrariamente a lo alegado por la parte actora, en su escrito de impugnación, no nos encontramos ante la formación prevista



en el artículo 4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, que se da, una vez contratada la persona trabajadora, sino ante una formación en el proceso de selección, previa a la contratación. Razones que llevan a estimar este motivo del recurso, fijando como antigüedad de la actora la de suscripción del contrato de trabajo e inicio de la relación laboral, 27-9-2021."

3. En el presente caso señala la sentencia de instancia que durante el periodo de formación previa la actora no atendió llamadas reales ni utilizó los programas que suele utilizar la empresa para llevar a cabo su actividad, por lo que pese al abono de una retribución por haber superado el curso de formación, no consta que en tal periodo prestara servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada y no puede entenderse que su antigüedad sea la de la **fecha** del inicio de la formación previa, sino la de la suscripción del contrato temporal en **fecha** 8 de mayo del 2023, por lo que debemos desestimar este primer motivo de recurso, entendiendo como señala la Sentencia de instancia que no resulta de aplicación al presente caso la STJUE citada de **fecha** 28 de mayo del 2021.

**CUARTO.-1.** Al amparo también del apartado c) del artículo 193 de la LRJS se formula el segundo motivo de recurso y en el mismo se denuncia la infracción del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores (tras la modificación efectuada del año 2019), que considera nulo el desistimiento empresarial en periodo de prueba que afecta a una trabajadora embarazada, teniendo en cuenta que, según el motivo anterior, la trabajadora tenía un contrato de trabajo indefinido a jornada completa, por lo que despedir a una trabajadora (ya fuera del periodo de prueba) embarazada, ha de considerarse nulo. Y se alega además la vulneración del artículo 53 del ET, apartado 4.b), alegando que aparece como un supuesto particular de nulidad objetiva que opera de manera automática, al margen de que el empresario tuviera o no conocimiento del estado de la embarazada en el momento del despido, con lo que el legislador ha querido establecer una protección reforzada de la mujer trabajadora que supera los mínimos establecidos por la regulación comunitaria, y que se aplica por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia rec. 1957/2007, de 17 de octubre de 2008, seguida, entre otras por las sentencias rec. 1758/2008, de 16 de enero de 2009, y rec. 2351/2008, de 13 de abril de 2009

2. En relación a la cuestión planteada se ha pronunciado esta Sala en la sentencia dictada en **fecha** STSJ **Madrid** 3010-2023 sección 5ª RS 396-23 cuyo criterio compartimos. Señala así dicha sentencia:

" En sede de censura jurídica, con amparo procesal en el *art. 193 c) LRJS* se denuncia la infracción de lo dispuesto en el *párrafo segundo, del apartado 2 del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante, TRLET), modificado por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre en el empleo y la ocupación, con relación a lo dispuesto en los *artículos 53.4.b) y 55.5.b) del TRLET* en la redacción que le dio el apartado 3 del artículo 7 del Real Decreto-ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Sostiene básicamente que existe una consolidada jurisprudencia que sostiene que la extinción de la relación laboral de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial en el periodo de prueba, amparado exclusivamente en su no superación, es causa de nulidad sin perjuicio de que la empresa lo conozca o lo ignore e, incluso, aunque la propia trabajadora desconozca su estado. Invoca *STC 92/2008 de 21 de julio* ;y la *STS 18-04-11, Recurso 2893/2010* ,en la que expresamente se indicaba que el legislador había evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba; habiéndose corregido tal circunstancia con la introducción de un segundo párrafo al *número 2 del art. 14 ET* ,por Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, que ha venido a extender la garantía de nulidad objetiva y automática que la Ley 39/1999 estableció para el despido disciplinario y objetivo, corrigiendo así la posición adoptada por la *STS de 18-04-11* .Se invoca además el *art. 10.2 de la Directiva 92/85/CEE* de **19** de octubre relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, a cuyo tenor : "*Cuando se despida a una trabajadora (...), durante el periodo contemplado en el punto 1 [entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad] el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito*",y entiende que en el presente supuesto, la mercantil demandada no solo no ha cumplido con este requisito, sino que habiendo tenido la oportunidad de conocer el embarazo de la trabajadora, no ha aportado ninguna prueba acreditativa de la necesidad objetiva del despido más allá del cese operado sobre otros trabajadores, igualmente huérfano de cualquier otra motivación que no sea la genérica falta de superación del periodo de prueba. Se opone la empresa recurrida, en su escrito de impugnación, poniendo de relieve las sustanciales diferencias entre el despido, y la extinción por no superación del período de prueba, señalando que la pretensión actora parte de una mera interpretación personalista, que carece de amparo normativo y/o jurisprudencial, del *art. 14 ET* ,por cuanto el citado precepto declara nula la resolución en período de prueba, a instancia del empresario, en el caso de las trabajadoras embarazadas *por razón de embarazo*;lo que no permite entender que estemos ante una nulidad objetiva. Se invoca la *sentencia del TSJ de Madrid de fecha 12 de septiembre de 2018 (Rec. 531/2018)* ,y la *STSJ de Aragón de 22-06-19 (Rec. 378/2019)*. En el mismo sentido se opuso a la estimación del recurso el Ministerio Fiscal, entendiendo que de la prueba practicada se desprende que en el momento de superarse la extinción por no superación del período de prueba,



el 21-12-22, ni siquiera la propia trabajadora sabía que estaba embarazada, y tampoco la empresa; por lo que no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados. CUARTO.- Centrado así el objeto de debate, debemos partir para la resolución de la cuestión jurídica aquí planteada, de la versión fáctica de los hechos que resultó inalterada en la sentencia de instancia: -la actora, que venía prestando servicios para la empresa LEROY MERLIN ESPAÑA S.L. desde el 4-08-22, en virtud de contrato indefinido, como vendedora, recibe comunicación de su empleadora el 21-12-22, comunicándole la extinción de su contrato por no superación del período de prueba. -En el mismo mes de diciembre de 2012, la empresa dio de baja a otros cinco trabajadores por no superación del período de prueba. -en el momento de comunicarle la extinción, la trabajadora no conocía aún su estado de embarazo, que confirmó posteriormente, habiendo tenido la última regla el 13-11-22. Ya desde antiguo la Sala IV del Tribunal Supremo venía declarando (entre otras, en su Sentencia de 6-07-90) que el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que dicho período esté todavía vigente y que el empresario o el empleado 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 de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental. Esta misma doctrina se reitera en la STS de 2-04-07. Cierto es que la Ley 39/1999 añadió al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 del ET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que declara también la nulidad del despido de las trabajadoras desde la **fecha** del inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Se configuró así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee además una clara relevancia constitucional. Este es el sentido de la doctrina de las Sentencias del Tribunal constitucional invocadas por el recurrente ( SSTC 92/2008 y 124/2009 ); sin embargo, no es este el supuesto que hemos de analizar aquí, que no se refiere a un despido sino a una extinción del contrato laboral durante el período de prueba, por lo que no será aplicable al mismo el art. 55.5 b) del ET, invocado por el recurrente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que seguidamente exponemos; sino el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Efectivamente, la STS de 18-04-11 consideró en un supuesto de extinción en período de prueba de una trabajadora embarazada, que el problema planteado debía ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE ), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el período de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo, establecida en el art. 55.5 b) del ET, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el período de prueba. Y con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, se razonaba por el Tribunal Supremo que el legislador solo ha ampliado la protección de la trabajadora, tras la ley 39/1999, para los supuestos de despido causal, por lo que la extensión de tal protección, prevista en el art. 55.5 b) ET a otras causas extintivas por vía analógica solo sería posible si existiese una identidad de razón esencial entre el despido causal y esas otras causas de extinción del contrato de trabajo. Decía al respecto la meritada sentencia: *"La interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el art. 14 ET (RCL 1995, 997) que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET. Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación. Partiendo de la certeza de que, en todo caso, el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas estaba ya preservado suficientemente a través de los mecanismos de tutela clásicos, el legislador se mostraba consciente de la sustancial diferencia de medios a emplear para preservar todos los aspectos de la igualdad, abarcando no sólo la no discriminación por razón de sexo, sino también el de la igualdad de oportunidades. Ello impone estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo. Si en el primer caso el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza; la lesión para la igualdad que se produce en el acceso al empleo resulta difícilmente detectable y la configuración legal de la protección habrá de tender a no dificultar la contratación, a la vista de una realidad **social** que, pese a la elevación del nivel formal de igualdad, sitúa a la población activa femenina en tasas muy inferiores a las de la masculina con un desfase particularmente significativo a partir de las edades fértiles, por el rechazo de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas (así, STJUE de 4 de octubre de 2001 ( TJCE 2001, 265 ), Asunto Tele Danmark, C-109/00 ). De ahí que en una fase inicial -y precaria- de la relación*



laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal. Precisamente el alcance constitucional de esos supuestos de nulidad cualificada -ex art. 55.5 b) ET - se produce en relación a la tutela judicial dispensada en la interpretación de aquel precepto ( STC 92/2008 ( RTC 2008, 92 ) y 124/2009 ( RTC 2009, 124 ) ). Por ello una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al art. 4 de la LO 3/2007, exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material. En suma, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas...". Ahora bien, sin ignorar la doctrina jurisprudencial expuesta, lo cierto es que con posterioridad, el art. 14.2 del Estatuto de los trabajadores sufrió una modificación operada por Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, quedando así su nueva redacción: "2. Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso. La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la **fecha** de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48. 4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad." Introduce pues el referido precepto un canon reforzado y una inversión de la carga de la prueba a favor de la trabajadora embarazada, de suerte que el desistimiento empresarial en estos casos, al igual que acontece con el despido, está protegido con la nulidad objetiva, al margen de que la empresa conociera o no dicho embarazo, si bien se deja a salvo la facultad de desistimiento del empresario cuando se acredite por la empresa, una causa real, suficiente y seria de extinción que pruebe que no hubo móvil discriminatorio relacionado con el embarazo; en cuyo caso, la extinción contractual se declarará ajustada a derecho; en otras palabras, el cese de la trabajadora embarazada es en principio nulo, siempre que la empresa no haya justificado cumplidamente que la resolución obedeció a causas estrictamente laborales, y no encubre un propósito discriminatorio; se le impone a la empresa la acreditación de las razones por las que se procedió al cese por no superación del periodo de prueba descartando la presencia de todo móvil discriminatorio. En este sentido se ha pronunciado recientemente esta Sala, Sección segunda, en sentencia de 2-02-22 (Recurso 1113/21) que interpretando la nueva redacción del art. 14.2 ET, decía: "Ese precepto introduce una sustancialísima alteración en la regulación del periodo de prueba en el caso de trabajadoras embarazadas, porque obliga a la empresa a acreditar que la extinción se debe a "motivos no relacionados con el embarazo o maternidad". Ello no implica que tales motivos hayan de ser constitutivos de alguna causa de despido o extinción del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, pero sí que la declaración de que no se ha superado el periodo de prueba tiene unas causas objetivas ajenas por completo al embarazo o maternidad y que tales causas son las que han movido a la empresa a adoptar su decisión. Por eso, si la empresa no ha objetivado suficientemente el sistema de valoración para que pueda entenderse superada la prueba, lo que no puede admitirse en ningún caso sin vulnerar dicho precepto es que se confundan los motivos de extinción con meras manifestaciones subjetivas de directivos o mandos de la empresa. La objetivación de los motivos de extinción en periodo de prueba debe ser específica y concreta y si no se ha hecho esa concreción a priori, antes de la contratación, deberá hacerse ya a posteriori, pero de forma tal que permita excluir una configuración de motivos arbitraria e improvisada ex eventu..." En el supuesto que nos ocupa, en aplicación de la norma vigente sobre distribución de la carga de la prueba ex art. 14.2 in fin del Estatuto de los trabajadores, lo cierto es que, no resulta del relato de probanzas, que existiera ningún motivo concreto que justificara el cese de la actora por no superación del periodo de prueba, limitándose la comunicación a exponer la resolución del contrato que les vinculaba, por dicho motivo (no superación periodo de prueba), sin que conste tampoco acreditado en el acto del juicio, cuales fueron esos motivos; y sin que nos pueda servir como justificación de la falta de discriminación, el hecho de que en el mismo mes de diciembre, la empresa comunicara el cese por este mismo motivo a otros cinco trabajadores. Por lo que, ante esa ausencia probatoria, procede declarar nulo la extinción aquí analizada."

3. En el presente caso aun cuando se confirma por la Sala la **fecha** de antigüedad de la trabajadora del 8 de mayo del 2023, de manera que el cese del 26 de mayo de ese año se produce dentro del periodo de prueba de un mes fijado en el contrato, y no puede acogerse el argumento de la parte recurrente sobre el cese fuera del periodo de prueba, lo cierto es que según consta en el relato fáctico de la sentencia la actora se encontraba



embarazada en la **fecha** en la que es cesada por no superar el periodo de prueba y en la comunicación de cese la empresa se limita a indicar que no ha superado el periodo de prueba y que por ello procede a su cese y en la sentencia de instancia no se recoge dato alguno a partir del cual pueda acreditarse alguna razón que llevara a la empresa a cesar a la actora en periodo de prueba, haciéndose constar únicamente que además de la actora se cesó a 5 trabajadores más, lo que como ya señalamos en la sentencia antes citada entendemos no sirve para cumplir con la carga probatoria que recoge el artículo 14-2 ET. Por ello entendemos que el cese de la actora constituye un despido que debe declararse nulo, y si bien la consecuencia de tal declaración de nulidad es la readmisión de la trabajadora, como dicho contrato temporal tenía una **fecha de fecha** de finalización del 14 de julio del 2023 y la parte recurrente no discute el carácter temporal del mismo salvo en lo relativo al periodo de formación previo que ya hemos indicado no constituye prestación de servicios laboral, al ser imposible la readmisión pues el contrato temporal finalizaba en la **fecha** indicada, únicamente cabe condenar a la empresa al abono de los salarios de tramitación devengados desde la **fecha** del despido el 26 de mayo del 2023 y hasta el 14 de julio del 2023 que es la **fecha** de finalización del contrato temporal suscrito.

4. En cuanto a la indemnización adicional por daños morales que se interesa en la demanda, los reclama la parte actora por el hecho de concurrir la causa objetiva del embarazo que provoca la nulidad del despido de acuerdo con el artículo 53 ET, aun cuando el precepto de aplicación es el artículo 14 ET, y como no se alega la vulneración de derechos fundamentales que es la que conlleva que deba valorarse la indemnización adicional interesada sino que solo se interesa que se aplique la circunstancia objetiva que provoca la nulidad del despido, no procede condenar al abono de indemnización alguna que además no se argumenta jurídicamente de ninguna forma en este recurso. En este sentido se pronuncia la sentencia del TS de 12 de diciembre del 2023 (Rec 5556/2022) que señala;

"3.-Nuestra jurisprudencia ha caminado, como no podía ser de otra forma, por la misma senda interpretativa y aplicativa de los criterios señalados por el Tribunal Constitucional. Así en nuestra STS 942/2017, de 28 de noviembre (Rcud. 3657/2015) reseñamos expresamente que nuestra doctrina puede resumirse en los siguientes términos: a) 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 [ artículo 14 CE ], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos ... b) Para ponderar las exigencias que el Art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- 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. c) 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; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a "la **fecha** de inicio del embarazo"... , por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella **fecha** -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo. d) 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 y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener - legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. e) 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". CUARTO. - 1.- De cuanto se lleva reseñado resulta lógico deducir lo siguiente: el despido, en este caso disciplinario, de una trabajadora embarazada puede ser, obviamente, declarado procedente. Ello acaecerá cuando, habiéndose seguido las formalidades legal o convencionalmente establecidas, los incumplimientos contractuales establecidos en la carta de despido hayan quedado acreditados y merezcan la consideración de graves y culpables en la terminología del Estatuto de los Trabajadores. En caso contrario, el despido será calificado como nulo en aplicación de la previsión específica establecida, como ya se ha visto, en el artículo 55.5 b) ET .En condiciones normales, tal despido debería recibir la calificación de improcedente con las consecuencias y efectos previstos en el artículo 56 ET .Pero en el caso de las trabajadoras embarazadas y en los demás supuestos previstos en las *letras a ) , b ) y c ) del artículo 55.5 ET* ,la calificación del despido ha de ser la de su nulidad con las consecuencias previstas en el apartado 6 del referido artículo 55 ET ;esto es la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir. Por tanto, para las mujeres embarazadas la única alternativa en la calificación del despido es la de procedencia o nulidad en virtud de esa garantía reforzada analizada en el fundamento anterior. 2.- Ahora bien, lo expuesto no



excluye que a la trabajadora embarazada despedida se le pueda aplicar la previsión de nulidad establecida en el párrafo inicial del *artículo 55.5 ET* según el que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas. En efecto, tal como explicamos en *nuestra sentencia 286/2017, de 4 de abril, Rcd. 3466/2015* - referida a un supuesto de sometimiento a tratamientos de fecundación in vitro- y hemos reiterado recientemente en *nuestra STS 954/2023, de 8 de noviembre, Rcd. 2524/2021* - referida a una trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijo a quien se le vulnera la garantía de indemnidad- es posible la declaración de nulidad por la vía del *apartado primero del artículo 55.5 ET* cuando el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas; en este caso, de la trabajadora embarazada. Para ello, la trabajadora deberá alegar los indicios necesarios para trasladar a la empresa la obligación probatoria, a la cual le corresponderá demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas a la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, en concreto en este caso, que no corresponde a discriminación por razón de sexo. Dicho en palabras de la norma (*artículos 96.1 y 181.2 LRJS*) le corresponderá al demandado "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, tratar de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio. Lo contrario abocará a la nulidad del despido que no sólo conllevará los efectos previstos en el *apartado 6 del artículo 55 ET* (readmisión y salarios dejados de percibir), sino que además, en este caso, por mandato del *artículo 183.1 LRJS*, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, previa declaración de la existencia de vulneración. QUINTO. - 1.- La doctrina correcta no se encuentra, por tanto, en la sentencia referencial, sino en la sentencia recurrida que ha considerado acreditado que no existen indicios de que el despido tuviera como móvil la discriminación por el hecho del embarazo de la mujer ni por cualquier otra causa prohibida, ni que implicara vulneración de derechos fundamentales. Antes, al contrario, para la sentencia recurrida existen factores que apuntan en sentido distinto ya que consta como probado que la empresa se enteró del embarazo de la trabajadora en el momento de la entrega de la carta de despido y que su despido coincidió con el de otros cinco trabajadores. Por tanto, la sentencia recurrida, tras descartar que existiese un móvil discriminatorio en el despido, declaró su nulidad en aplicación del *artículo 55.5 b) ET* lo que implicó descartar la condena a una indemnización por daño moral derivado de una inexistente discriminación, aplicando los efectos típicos de toda declaración de nulidad: readmisión y condena a los salarios dejados de percibir."

**CUARTO.**-De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción **Social**, al estimarse el recurso no procede la imposición de costas y menos aún cabe a la vista de tal estimación parcial del recurso, imponer la multa por temeridad interesada por la empresa demandada al impugnar .

Por ello;

## FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Sandra contra la Sentencia dictada por el **Juzgado** de lo **Social 19** de **Madrid** el treinta de diciembre del dos mil veintiuno en **autos 647/2023** seguidos por DESPIDO CON RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN ADICIONAL a instancias de la recurrente frente a la empresa DIGITEX INFORMATICA SL y con citación del Ministerio Fiscal, y revocando la sentencia de instancia declaramos la nulidad del despido de **fecha** 26 de mayo del 2023 condenando a la demandada a abonar a la actora los salarios de tramitación devengados desde la **fecha** del despido y hasta el día 14 de julio del 2023, **fecha** en la que finalizaba el contrato temporal suscrito. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de **Madrid**, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo **Social** dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad **Social**, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **0187 24** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco

Santander, oficina sita en la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 **Madrid**, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón **social** de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al **Juzgado** o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 0187 24), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S.). Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los **autos** al **Juzgado** de lo **Social** de procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### Voto particular

que emite el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Yuste Moreno en la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de **Madrid**, en el Recurso de Suplicación 187/2024.

Con amparo en lo previsto por el artículo 260 LOPJ y con evidente y absoluto respeto a la decisión de la mayoría, muestro mi parecer contrario en la conclusión obtenida en relación con la interacción que ha de tener la situación de embarazo de una trabajadora a la que se le extingue el contrato de trabajo durante el periodo de prueba.

### ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES DEL LITIGIO PLANTEADO

#### PRIMERO.- Configuración del litigio.

- La trabajadora comenzó a prestar servicios para la empresa como teleoperadora desde el 8 de mayo de 2023, en virtud de un contrato de trabajo temporal eventual, con una duración prevista hasta el 14 de julio de 2023, y con jornada de 30 horas semanales.
- La causa de la contratación temporal que se indicó fue la siguiente: "Por circunstancias de la producción derivada del incremento ocasional e imprevisible de la actividad, como consecuencia de la comunicación del cliente MANGO de 29 de marzo de 2023, informando del incremento de llamadas de clientes en los mercados de Francia, Alemania, España y UK, con motivo de la implantación de los nuevos aplicativos de gestión".
- Entre el 24 de abril de 2023 y el 5 de mayo de 2023 la demandante realizó una formación previa, en horario de 9 a 15 horas; siendo retribuida en ese periodo con 969 euros más incentivo.
- Durante el periodo de formación la demandante no atendió llamadas reales y no tuvo acceso a las aplicaciones o equipos necesarios para hacerlo. La formación se realizó de forma telemática, en el horario señalado por la parte demandada y con acceso a un programa interno en el que están los materiales necesarios para ello. Esa formación se realiza con los propios equipos de los participantes, que reciben equipos de la empresa una vez incorporados al puesto de trabajo. Las inasistencias a la formación habían de ser justificadas. En esa fase de formación se realizan dos exámenes para determinar qué candidatos entrarán en la empresa. La demandada abona una retribución correspondiente a la formación en caso de que esta se supere.
- La trabajadora prestaba sus servicios por medio de teletrabajo desde su domicilio en **Madrid**.
- La empresa demandada se dedica a la actividad de contact center.
- En el contrato se estableció un periodo de prueba de un mes.
- El 26 de mayo de 2023 la empresa comunicó a la demandante la extinción de su contrato de trabajo en esa **fecha** por no superar el periodo de prueba.
- Dicha decisión se adoptó conjuntamente con otros cinco trabajadores.
- Al tener lugar la extinción la trabajadora estaba embarazada, circunstancia que no comunicó a la empresa ni fue conocida por ésta antes de adoptar la decisión de extinguir el contrato de trabajo.
- La demanda solicita la declaración de "despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, de reconocimiento de antigüedad y relación laboral indefinida (derechos) y reclamación de cantidad por vulneración de derechos fundamentales".



- La sentencia del **Juzgado** ha desestimado la existencia de relación laboral indefinida que se basaba en haber prestado servicios durante el periodo de formación, manteniendo la temporalidad del vínculo, y ha determinado que al haberse adoptado la decisión extintiva durante el periodo de prueba sin que nadie en la empresa, ni la empresa como persona jurídica ni ningún trabajador de ella, y haber adoptado esa misma decisión con varios trabajadores, no se ha incumplido lo previsto por la ley y la extinción es lícita y ajustada a Derecho.
- En el recurso de suplicación de la trabajadora se formula impugnación de la sentencia por infracción del artículo 1 LET en virtud de lo cual plantea la existencia de relación indefinida entre las partes, e infracción del artículo 14 LET en su versión vigente cuando tiene lugar la decisión extintiva, con base a lo cual considera nulo el desistimiento empresarial en periodo de prueba que afecta a una trabajadora embarazada.
- En su impugnación del recurso, además de oponerse a los motivos de revisión de normas sustantivas y de la jurisprudencia, la empresa plantea la inadmisión del recurso de suplicación por defectos formales conforme al artículo 193 de la LRJS.

## SEGUNDO.- Decisión mayoritaria de la Sección 6ª.

La sentencia adoptada por mayoría desestima la inadmisión del recurso de suplicación planteada por la parte demandada y desestima la pretensión declarativa de relación laboral indefinida, mostrando al respecto mi conformidad con tales pronunciamientos que suscribo plenamente.

El último pronunciamiento de la sentencia es el que establece la nulidad de la decisión extintiva considerando que el embarazo de la trabajadora debe llevar, en aplicación del artículo 14.2 LET, a que no baste la manifestación de no haber superado el periodo de prueba ya que conforme a esa norma debe justificarse que la decisión no tiene lugar por el embarazo y sin embargo la sentencia de instancia no se recoge dato alguno a partir del cual pueda acreditarse alguna razón que llevara a la empresa a cesar a la actora en periodo de prueba, haciéndose constar únicamente que además de la actora se cesó a 5 trabajadores más, lo que como ya señalamos en la sentencia antes citada entendemos no sirve para cumplir con la carga probatoria que recoge el artículo 14-2 ET. La solución que se adopta se sustenta en otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de **Madrid**, Sección 5ª, de 30 de octubre de 2023, recurso 396/23, que a su vez menciona una de la Sección 2ª, de 2 de febrero de 22, recurso 1113/21, de las que se transcribe parte de su argumento para fijar como elemento esencial que, interpretando la nueva redacción del art. 14.2 ET, "*Ese precepto introduce una sustancialísima alteración en la regulación del periodo de prueba en el caso de trabajadoras embarazadas, porque obliga a la empresa a acreditar que la extinción se debe a "motivos no relacionados con el embarazo o maternidad"*".

Sobre esta declaración manifiesto mi discrepancia basada en las siguientes consideraciones.

En el ámbito normativo, siendo referencia el artículo 14 LET, debemos recordar que la redacción original del precepto en el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, no contenía ninguna previsión sobre la nulidad de la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba de la mujer embarazada, y tampoco su antecesor, el Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, cuyos textos de artículo 14.2 era exactamente el mismo desde el nacimiento de éste hasta que en aquel otro se procedió a su modificación; este texto decía: "*2. Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso*".

Con el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (artículo 2.5) se modifica el apartado 2 al que se le añade el párrafo segundo que dice: "*La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la **fecha** de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad*".

Si bien la norma se modifica porque se añade un nuevo párrafo con referencia expresa a los supuestos de extinción durante el periodo de prueba, considero que no puede afirmarse que este añadido suponga una novedad sustancial porque tal novedad se introdujo por la jurisprudencia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011, recurso 2893/2010, siendo la modificación de la norma el traslado a ella de dicha jurisprudencia. En esta sentencia se responde a la pregunta de cómo debía abordarse la cuestión tras las novedades interpretativas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo relativas al despido tras haber introducido en su regulación el motivo de nulidad objetiva por afectación de la extinción a mujer embarazada.

En dicha sentencia, tras hacer un recorrido explicativo de la evolución del tratamiento jurisprudencial de los despidos de mujer embarazada, aborda el tratamiento que debe darse a ésta en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba cuando la razón de extinguir, en la voluntad de la empresa, es la no superación de la prueba, dejando al margen aquellos supuestos en los que habiendo cláusula de



prueba en el contrato esta se declara ineficaz o nula, y de los casos en los que se haga evidente que la extinción, pese a estar en fase del periodo de prueba, tiene lugar por vulneración de derechos fundamentales que, evidentemente, escapan de las previsiones del artículo 14 LET.

Tras esos prolegómenos, la sentencia se refiere a la posibilidad de trasladar esa regulación y doctrina del despido a otros supuestos por vía de analogía. Al respecto dice:

*"TERCERO.- Lo hasta ahora expuesto ciñe su objeto a la concreta institución del despido -tanto disciplinario, como objetivo-, en tanto sólo en relación con la regulación de esta causa de extinción del contrato se plasma la intervención expresa del legislador. Ni la citada Ley 39/1999, ni la ulterior LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres -que amplió sustancialmente los supuestos de "nulidad objetiva" de los arts. 53.4 y 55.5 ET con una misma finalidad-, ni las demás reformas operadas posteriormente en el Estatuto de los Trabajadores (y en los preceptos análogos de la LPL) han incidido en otras causas de extinción de la relación laboral.*

*Por otra parte, como las dos STC mencionadas han puesto de relieve, ha sido el legislador español el que optó por mejorar el mandato de la Directiva 92/1985, de 19 de octubre, en tanto que ésta ciñe la protección a la mujer embarazada que "comunique su estado al empresario con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales ..." (arts. 2 y 10). En palabras de la STC 92/2008 (después reiteradas en la STC 124/2009), "la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal".*

*Es precisamente el carácter reforzado que el legislador ha otorgado en el caso del despido el que lleva al TC a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva que debía haberse respetado en la interpretación del precepto legal en que la protección reforzada de la no discriminación se plasma. Por ello, señala, que "... no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, F. 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación -particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados".*

*Llegados a este punto no puede negarse que nuestro legislador nacional sólo ha ampliado la protección para los supuestos de despido causal, y, por tanto, la extensión a otras causas extintivas habrá de hallar apoyo en la detección de los elementos sobre los que asentar una aplicación analógica como la que permite el art. 4.1 del Código Civil, la cual procede cuando las normas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie la identidad de razón.*

*La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha interpretado el art. 4.1 del Código Civil afirmando que "La analogía se configura en la doctrina como el procedimiento de aplicación del derecho por virtud del cual aplicamos la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencial igualdad que existe entre ambos. Responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta ("ubi eadem ratio legis est, ibi cadem iuris dispositio")" (STS/1ª 30 de mayo de 2007). Por ello, ha exigido "para la aplicación del método analógico la existencia de una verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados"; de suerte "que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación" (así lo recuerda la STS/1ª de 7 de octubre de 2010, que resume doctrina anterior).*

*Por su parte el TC ha declarado que "Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo" (STC 148/1988)".*

Para realizar el análisis de la posible analogía entre la regulación del despido de la mujer embarazada y la extinción durante el periodo de prueba la sentencia se refiere a la regulación de dicho periodo de prueba:

*"CUARTO.- La necesidad de comparar las dos instituciones a las que se pretende dar un trato análogo -el despido de un lado, y la extinción en periodo de prueba por otro- nos ha de llevar a examinar la naturaleza jurídica del*



*desistimiento empresarial durante el periodo de prueba para relacionarlo en lo posible con la extinción acordada en atención a alguno de los motivos de despido.*

*No hay, pues, definición legal de la prueba en el contrato de trabajo, que podría concretarse en el periodo limitado de tiempo en el que las partes se someten a mutua experimentación a través de las correspondientes prestaciones sinalagmáticas.*

*La doctrina de esta Sala IV sobre el periodo de prueba ha venido señalando que es ésta " una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado 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 de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental " (en estos términos o análogos: STS de 2 de abril de 2007 -rcud. 5013/05 -, 12 de diciembre de 2008 -rcud. 3925/2007 -, 6 de febrero -rcud. 665/2008 -, 14 de mayo -rcud.1097/2008 - y 23 de noviembre de 2009 -rcud. 3441/2008 -, entre otras).*

*Las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa. Puede afirmarse que el periodo de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma.*

*No obstante, la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato. Así lo declararon las STC 94/1984 y 166/1988 , al señalar que " la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, carecerá de transcendida siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales " .*

*De ello se infiere que la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación. Con independencia de la teórica catalogación de la resolución en periodo de prueba como un despido atípico -dentro de un concepto amplio de despido-, lo cierto es que el legislador la distingue de los dos supuestos a los que expresamente denomina "despido". Cabe cuestionarse, por tanto, cuales son, dentro de ese diferente régimen normativo, las lagunas legales que el periodo de prueba padece en relación a aquellos aspectos en que sí puede sostenerse una similitud jurídica esencial, como sería la de la indicada protección de los derechos constitucionales.*

*Ya se ha señalado que la doctrina jurisprudencial y constitucional sanciona con la nulidad de la conducta la decisión extintiva del empleador que se produzca con vulneración de derechos fundamentales, aun cuando se ampare en la facultad resolutoria del periodo de prueba, de suerte que a estos supuestos han de aplicarse las reglas de distribución de la carga de la prueba en los mismos términos que para el despido nulo del primer párrafo del art. 55.5 ET .*

*Así, la STC 17/2007 acude a la apreciación de un panorama indiciario para imponer a la empresa la carga de la prueba de la justificación de su decisión en un supuesto de extinción durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada y concluye con la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. No en vano, pese que anunciaba los cambios legislativos de la Ley 39/1999 , la STC 17/2003 siguió aplicando al despido anterior a dicha ley la nulidad "clásica", lo que evidenciaba que la novedosa nulidad "cualificada" se inserta en el plano de la legalidad ordinaria, en tanto es el legislador el que ha determinado el supuesto específico de protección reforzada.*

*No hay duda por tanto de que no hay distinción alguna entre la extinción de la relación en periodo de prueba por razón del embarazo y los despidos producidos con vulneración del derecho fundamental. Recordemos que, desde una perspectiva procesal, también en el caso de impugnación judicial del cese en la fase de prueba del contrato se acudiría a lo dispuesto en el art. 96 de la LPL " .*

*Con todos estos antecedentes, la sentencia resuelve el alcance de la norma específica del despido en la extinción durante el periodo de prueba y concluye:*



"QUINTO.- Resta pues por analizar si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba. En suma, si cabe extender a ésta la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, tal y como ha sido interpretación por la doctrina constitucional y jurisprudencial.

La interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el art. 14 ET que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET.

Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación.

Partiendo de la certeza de que, en todo caso, el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas estaba ya preservado suficientemente a través de los mecanismos de tutela clásicos, el legislador se mostraba consciente de la sustancial diferencia de medios a emplear para preservar todos los aspectos de la igualdad, abarcando no sólo la no discriminación por razón de sexo, sino también el de la igualdad de oportunidades. Ello impone estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsada del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo. Si en el primer caso el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza; la lesión para la igualdad que se produce en el acceso al empleo resulta difícilmente detectable y la configuración legal de la protección habrá de tender a no dificultar la contratación, a la vista de una realidad **social** que, pese a la elevación del nivel formal de igualdad, sitúa a la población activa femenina en tasas muy inferiores a las de la masculina con un desfase particularmente significativo a partir de las edades fértiles, por el rechazo de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas (así, STJUE de 4 de octubre de 2001, Asunto Tele Danmark, C-109/00).

De ahí que en una fase inicial -y precaria- de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal.

Precisamente el alcance constitucional de esos supuestos de nulidad cualificada -ex art. 55.5 b) ET- se produce en relación a la tutela judicial dispensada en la interpretación de aquel precepto ( STC 92/2008 y 124/2009 ). Por ello una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al art. 4 de la LO 3/2007, exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material.

En suma, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas.

La afirmación que hacíamos en la STS de 28 de abril de 2010 (rcud. 1113/2009), dictada por el Pleno de la Sala, sobre la nulidad del cese en periodo de prueba de una trabajadora embarazada, como derivada del art. 55.5 ET no contradice lo hasta ahora razonado. Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, en aquel supuesto esta Sala no abordaba la nulidad del despido -calificación sobre la que no se suscitaba el recurso-, sino las consecuencias de dicha nulidad sobre los salarios de tramitación en un supuesto de contratación temporal".

El penúltimo párrafo transcrito es el que delimita como había que abordar estas supuestos antes de la reforma del artículo 14 LET del año 2019 y puede comprobarse que con otras palabras, lo que dice ahora el precepto es lo mismo que ha concluido el Tribunal Supremo al integrar el supuesto con la interpretación de las normas, siendo igualmente trascendente la afirmación de que la interdicción de la discriminación en estos casos se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal.

En la sentencia que nos ha servido de guía hay un voto particular que se anuncia como contrario a la decisión mayoritaria que estima que "la protección a dispensar en el supuesto de extinción del contrato por alegada no superación del periodo de prueba de una mujer embarazada es la propia del derecho fundamental a la no



*discriminación por razón de sexo, sin que sea aplicable la nulidad objetiva fijada para el despido", para sostener en contra de ello que "la protección constitucional y su desarrollo legal en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en el caso de despido que en el de extinción contractual durante el periodo de prueba por alegada no superación del mismo".*

Desde mi punto de vista las posiciones no son tan antagónicas como parece porque en ambos casos se establece el criterio de que la situación de embarazo es un punto de partida del que resulta que -tanto en el despido como en la extinción durante el periodo de prueba- tiene que haber una evidencia de que la decisión extintiva es justificada en causa eficiente, algo que en el despido, por sus características y naturaleza, exige una razón disciplinaria constatada y cierta o, si es objetivo, una causa económica, productiva, técnica u organizativa suficiente, mientras que en la extinción por no superación del periodo de prueba, también por sus características y naturaleza en la que la causa es la mera voluntad del empleador por la falta de cumplimiento de las expectativas de la contratación, no se fija en la intencionalidad o ilicitud de la voluntad sino en que no haya una causa distinta de la del embarazo, siendo, en opinión de quien esto expone, muy clara la dicción actual de la norma.

Cuando se habla de la objetividad de la intervención del embarazo no se hace referencia a que si la trabajadora está embarazada no se le pueda extinguir por no haber superado el periodo de prueba porque ni siquiera es así en la regulación del despido, y si lo pretendido fuese eso no solo se estaría negando como realidad que se pudiese establecer periodo de prueba en la contratación de mujeres embarazadas o se haría nula la cláusula de prueba si se embarazase durante el periodo establecido de prueba, sino que se contradice la norma que regula el establecimiento de periodo de prueba en la contratación que no prevé este supuesto como demuestra el hecho de que con la introducción del párrafo segundo del artículo 14.2 LET queda constatada esa posibilidad.

Resulta evidente desde mi análisis que tanto aquella interpretación jurisprudencial como ahora la norma no contemplan la automaticidad del efecto del embarazo ni establece una objetividad distinta de la del despido. Lo que se exige es que la extinción esté justificada, en el despido con una causa disciplinaria constatada y eficaz o con una causa objetiva cierta y en la extinción durante el periodo de prueba con la evidencia de que ésta no tiene que ver con el embarazo; solo así se puede conjugar el indiscutible y reconocido -también con las mujeres embarazadas- derecho a que la empresa establezca un periodo de prueba que da también el derecho a extinguir la relación laboral sin una causa distinta de la voluntad empresarial como reflejo de su valoración de la respuesta laboral de la trabajadora con la protección de las mujeres embarazadas, en los términos que ha dejado asentada la sentencia del Tribunal Supremo a la que nos hemos referido. En todo ello resulta trascendente que la empresa no conozca la situación de embarazo de la trabajadora porque difícilmente puede extinguirse por razón del embarazo si esta circunstancia no es conocida por la empresa, de ningún modo puede su voluntad derivar de ese hecho.

Llevando cuanto he expresado al caso enjuiciado, resulta como hecho indiscutible, porque lo dice la sentencia y no se ha contradicho, que nadie en la empresa, ni directivos ni trabajadores, sabía que la trabajadora estaba embarazada, y también que la decisión extintiva no solo se adoptó con la demandante sino con otros cinco trabajadores, lo que sin ninguna duda deja constancia de que la extinción se adoptó por causa no relacionada con el embarazo, que es lo que en palabras de la ley excluye la nulidad de la cláusula. Por consiguiente, la decisión que debimos adoptar era la de desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia impugnada.

Como la decisión mayoritaria ha sido la estimación del recurso y la nulidad de la cláusula, pero con delimitación de efectos por tratarse de un contrato temporal de extensión limitada y cuyo vencimiento ya ha tenido lugar, dejando al margen mi discrepancia sobre lo anterior, muestro conformidad con la decisión que al respecto ha adoptado la mayoría de no conceder indemnización por estar ante un contrato temporal regular y reconocer salarios de tramitación hasta la **fecha** de terminación prevista en el contrato

## CONCLUSIONES

Consiguientemente, siguiendo lo expuesto en este voto particular, debería desestimarse el recurso de suplicación y confirmarse la sentencia impugnada; sin imposición de costas.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.