Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: El caso del despido de la trabajadora embarazada", *Actualidad laboral*, nº 17, 2009, pp. 1 y ss.

Derecho vivo del trabajo, a propósito del despido de la trabajadora embarazada

Living Labor Law, in reference to the dismissal of a pregnant worker

José Luján Alcaraz
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia

Cita Sugerida: LUJÁN ALCARAZ, J.: "Derecho vivo del trabajo, a propósito del despido de la trabajadora embarazada", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 155-161

Resumen	Abstract
En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza una de sus obras publicada en el número 17 de la Revista Actualidad laboral del año 2009 titulada "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: El caso del despido de la trabajadora embarazada".	In this paper included in the monographic tribute to Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his works published in issue 17 of the "Actualidad Laboral" magazine in 2009 is analyzed, entitled "Vibrant Labor Law and Unified Jurisprudence: The Case of Pregnant Worker's Dismissal"

Palabras clave	Keywords
Despido; calificación judicial; trabajadora embarazada	Firing; judicial classification; pregnant worker

I. INTRODUCCIÓN

Vaya por delante el agradecimiento por la oportunidad que se me ofrece de participar en este recuerdo y homenaje a una figura señera de nuestro iuslaboralismo como ha sido el profesor BORRAJO DACRUZ. Aunque no fueron muchas las ocasiones en que pude disfrutar "en modo presencial", como ahora se dice, de su magisterio, su influencia en el seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia ha sido, como en las otras universidades, constante y efectiva. Tanto como puede serlo una cita que se repetía cada quince días durante muchos años; los quince días tomaba la llegada de cada nuevo ejemplar de *Actualidad Laboral*, la emblemática revista referencia para todos nosotros entre 1984 y 2014.

Para entender bien lo significaba la puntual recepción de la revista en los departamentos allá por los años ochenta y noventa del pasado siglo XX (y como ella, claro, la de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, de *Relaciones Laborales*, *Aranzadi Social*, *Documentación Laboral*, *Temas Laborales*, o la revista del ministerio en cada etapa competente en materia de trabajo y Seguridad Social, entre las más destacadas), conviene recordar que el moderno mundo digital en el que ahora vivimos solo empieza a tomar forma bien entrado ya el siglo XXI. Es verdad que el nacimiento de

Internet se suele fijar en 1983, año en que el Departamento de Defensa de los EEUU usó por primera vez el protocolo de comunicación en que se basa, pero también lo es que habría que esperar hasta el cambio de siglo para que se generalizara el uso de la red (un dato ilustra bien la idea: el primer navegador popularizado, el *Internet Explorer* de *Microsoft*, no comenzó a operar hasta 1996). Lo que quiero decir es que en aquellos tiempos predigitales la llegada periódica de las revistas era para quienes nos dedicábamos a la docencia y a la investigación jurídico laboral una especié de "maná", tanto más preciado cuanto más breve el lapso de tiempo entre entrega y entrega. Allí encontrábamos los artículos doctrinales que trataban asuntos de interés más cercano e inmediato, podíamos consultar la jurisprudencia y la legislación más actual antes incluso de que llegaran los cuadernillos sueltos de *Aranzadi* (que luego había que encuadernar en voluminosos tomos hoy en día decoran bibliotecas) y, sobre todo, teníamos la oportunidad única y especial de acercarnos al Derecho en su pura y real expresión en esa sección que el profesor BORRAJO acertó en llamar, quizá teniendo a IHERING *in mente*, *Derecho Vivo del Trabajo*[1].

El profesor PALOMEQUE ha explicado muy bien lo que significó esa sección de la revista y, sobre todo, lo que ella traducía de la concepción del Derecho del maestro que fue Efrén BORRAJO DACRUZ, una concepción practica del Derecho, casuística, al modo romano, que "ha atravesado su reflexión y su obra entera"[2].

II. COMENTARIO

II.1. Reflexiones sobre "Derecho y vida en el orden laboral" como marco conceptual para el análisis del caso

La particular entrada en el "Derecho vivo" que es objeto de comentario en esta breve página de homenaje versa sobre el tratamiento que la jurisprudencia unificada y constitucional venía dando al caso del despido de la trabajadora embarazada en el momento de su publicación, 2009[3]. En ella, el profesor BORRAJO realiza un repaso pormenorizado de la doctrina judicial y de jurisprudencia para concluir que la misma permitía en aquel momento conocer con suficiente claridad "el estado de la cuestión cuando se trata de embarazo y de despido de una trabajadora". Sin embargo, ese conocimiento de la realidad era para el profesor –en este, como en cualquier otro caso–solo un paso, absolutamente imprescindible, pero solo un primer paso, en el complejo proceso de construcción de un Derecho vivo, que es lo que verdaderamente ocupa su atención en este y tantos otros de sus ensayos: no tanto la solución jurídico positiva abstracta al caso del despido de la trabajadora embarazada, como subrayar la exigencia de que las normas y su interpretación judicial conformen un marco jurídico que ofrezca suficiente seguridad jurídica.

En este sentido, el maestro insiste nuevamente en ideas tantas veces defendidas. Vuelve a recordar que al jurista no le basta con el conocimiento preciso del tenor de la norma y de su interpretación judicial, sino que debe ir más lejos y alcanzar el "Derecho real con eficacia: (el) derecho vivo"[4]. El verdadero jurista, en efecto, debe preguntarse si su cabal conocimiento del "estado de la cuestión" sobre un problema concreto (aquí sobre el tópico "embarazo y despido de la trabajadora") es de igual grado al que posee "en cuanto a la doctrina que ha de darle solución; cómo incide en ello el hecho de que los "votos particulares" de las sentencias dejan abierta la decisión mayoritaria; y, sobre

[1] Jhering, R.V., *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (1884). Editorial Civitas, 1987 y, sobre todo, *El Derecho de la vida cotidiana* (1891). Tirant lo Blanch, 1993.

[2] Palomeque López, M.C. "El «Derecho vivo del trabajo» del profesor Efrén Borrajo Dacruz, in memoriam", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 90, 2022, pág. 2.

[3] Merece la pena destacar que, además de su publicación en el núm. 17 (2009) de *Actualidad Laboral*, el trabajo se publicó también el libro ofrecido al profesor Ramírez Martínez como homenaje con motivo de su jubilación: Garcia Ortega (Coord.), *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales,* Tirant Lo Blanch, 2009.

[4] Borrajo Dacruz, E., "Derecho vivo del Trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 0, 1984, pág. 5.

estos interrogantes, y dando por cierto que la acción de los tribunales debería ser predecible, rápida y ejecutable, ¿dónde y cómo se alcanza la razón suprema del Derecho positivo: la seguridad jurídica?[5].

Ello es así porque ese "acto político por excelencia" que es la producción de la Ley es "formalismo puro": "refleja una presunción que la vida real destruye cada día" toda vez que no es posible que la norma legal "cuente con las previsiones necesarias para afrontar la riqueza infinita de supuestos de la proteica, multiforme, plural, vida en sociedad"[6]. Supuesta la norma legal, la realidad operativa de los tribunales (deber de resolver, reglas sobre interpretación, equidad, analogía) hace ver que "las ventanas abiertas al Poder Judicial (Jueces y Tribunales) son tantas y tan grandes que constituyen puerta franca de entrada –y de salida– para que sus decisiones se integren plenamente, como una fuente más, en el ordenamiento jurídico"[7]. Y no solo eso: supuesta la distribución de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales y la articulación funcional de los órganos de cada jurisdicción, "las posibilidades de acción y reacción de los Jueces y Tribunales respeto del ordenamiento jurídico formal se multiplican". Y más todavía si se considera que existen hasta cuatro diferentes "Altos Tribunales" que "concurren entre sí en la función de fijar la interpretación unitaria de las normas laborales": Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos[8].

La conclusión, naturalmente, es que el "Derecho vivo" es algo que va mucho más allá del puro acto de poder ("acto político") en que consiste la producción del Derecho positivo. Que frente a la "presunción y vanidad del legislador", el propósito del Derecho es dar solución a problemas reales. Y que como, si la solución "no es segura, no es solución, el Derecho positivo se inscribe en una línea transaccional entre la justicia y la seguridad: sin seguridad jurídica no hay Derecho".

II.2. Embarazo y despido

Conocido el marco conceptual en el que el profesor BORRAJO quiere situar su análisis del caso del despido de la trabajadora embarazada, conviene recordar ahora, siquiera sea someramente, cuál era el estado de la cuestión de fondo en el plano normativo en el momento de la redacción del ensayo.

En 2009, el art. 55.5 b) ET establecía –de manera similar, aunque no idéntica, al actual precepto del mismo número y letra– que es nulo el despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión [por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural (…) o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período]"[9].

Esa redacción procedía en lo sustancial de la reforma ordenada en su momento por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, en lo que ahora interesa, aportaba como trascendente novedad la expresa

[5] Borrajo Dacruz, E., : "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: El caso del despido de la trabajadora embarazada", *Actualidad laboral*, núm. 17, 2009, pág. 25.

[6] Borrajo Dacruz, E., *Ibídem*, pág. 2.

[7] *Ibídem*, pág. 3.

[8] *Ibídem*, pág. 4.

[9] Actualmente, el art. 55.5 b) ET, en redacción que resulta de las modificaciones operadas sobre su texto original de 2015, primero por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, y más recientemente por LO 10/2022, de 6 de septiembre, establece que es nulo el despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión [por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (…), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o (el notificado) en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos] (…)". Naturalmente, "salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados" (art. 55.5 *in fine* ET).

consideración legal como nulo del despido de la mujer trabajadora por el mero hecho de estarlo, aunque con posibilidad para el empresario de acreditar que la decisión extintiva obedecía a motivos reales ajenos al hecho del embarazo y, por tanto, que era jurídicamente era procedente. Matiza, no obstante, el profesor BORRAJO que a la misma conclusión (el despido de la trabajadora embarazada o es procedente o es nulo) "se llegaba tradicionalmente con la puntual aplicación del principio de igualdad o, mejor, de la proscripción de las discriminaciones por razón de sexo, ya que el embarazo en los seres humanos es un estado propio –exclusivo– de la mujer"[10].

Sea como fuere, esta "garantía de indemnidad"[11], aplicable también al despido por causas objetivas (art. 53.4 ET), y con correlato procesal en los arts. 108.2 y 122.2 LJS, supuso un avance normativo de gran importancia desde el punto de vista de la función tutelar del Derecho del Trabajo y, particularmente, para la promoción y defensa del valor de la igualdad entre mujeres y hombres desde sus instituciones[12]. Pero también dio lugar a encendidos debates doctrinales y jurisprudenciales sobre su exacta interpretación y aplicación y, en relación con ellas, sobre la certeza y seguridad que deben proporcionar las normas jurídicas.

Como recuerda el profesor BORRAJO, para "interpretar la nueva regla legal se pudo seguir una línea tradicional, y entender que el embarazo de la trabajadora tan sólo acarreaba la nulidad si había sido el factor desencadenante del despido; es decir, se presuponía que la empresa había tenido conocimiento previo de tal estado; y que era éste, la causa del despido"[13]. Sin embargo –y pese a que la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, considera "trabajadora embarazada" aquella "que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales"–, también cabía una interpretación distinta según la cual la ley española de 1999 había venido a incorporar una mejora normativa conforme a la cual el hecho de que la empresa tuviera o no conocimiento del embarazo en el momento de acordar el despido era completamente irrelevante (así STSJ Cataluña 18 junio 2001).

Sería la STS de 26 febrero 2004 (RCUD 2569/2003) la primera resolución de ese órgano judicial en conocer de este conflicto interpretativo. Y lo hizo de manera un tanto matizada toda vez que, en un caso en el que estaba acreditado en los hechos probados que el titular del poder disciplinario sí conocía el estado de embarazo de la trabajadora despida, vino a considerar *obiter dicta* que "con la redacción actual del artículo 55.5.º (ET) se da a entender que, en todo caso, el despido de una mujer embarazada que no se llegue a declarar procedente, debe ser calificado de nulo, pues eso es precisamente lo que se desprende de la lectura del precepto mencionado".

Con ello, sin embargo, no quedó zanjado el debate. Antes bien, como con agudeza observara BORRAJO, el mismo no había hecho más que empezar, extendiéndose, además, a otras cuestiones más generales y alejadas, por tanto, del caso concreto para ofrecer así una "una experiencia aleccionadora al jurista que busque el Derecho vivo del trabajo": "a) ¿cuándo se puede entender que hay doctrina casacional unificada?; b) ¿hasta dónde llega el área de la legalidad frente al espacio jurídico propiamente constitucional?; c) ¿cuál es el grado de vinculación que alcanza la doctrina casacional respecto de la estrictamente judicial (de instancia y, en especial, de suplicación)?"[14].

[10] *Ibídem*, pág. 5.

[11] Sáez Lara, C., "La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Políticas públicas y marco normativo", Moya Amador, R. (Dir.), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016, pág. 203.

[12] Entre otros autores, puede verse sobre estas cuestiones, Cámara Botía, A., "El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pp. 269 y ss. También, Gil Plana, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas, 2011.

[13] *Ibídem*, pág. 6. En la jurisprudencia constitucional esa es la tesis sostenida por SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 23 enero. Ambas enjuician supuestos de hecho anteriores a la reforma de 1999.

[14] *Ibídem*, pág. 7.

II.3. El difícil ajuste de la doctrina jurisprudencial

El *iter* judicial del caso "despido de trabajadora embarazada" es un buen ejemplo del Derecho vivo del Trabajo. En un primer momento, en efecto, el Tribunal Supremo, corrigiendo el vector lanzado *obiter* en 2004, se inclinó por entender que "la exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del art. 55.5.b ET . Este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal iuris et de iure (art. 385.3 LEC) del móvil discriminatorio".

Tal fue el pronunciamiento de la STS de 19 julio 2006 (RCUD 1452/2005) al conocer del despido de una trabajadora producido en un momento en que quizá ni siquiera ella misma conocía su estado de embarazo (la primera visita al especialista se produce cuatro semanas después de la comunicación del despido, encontrándose la trabajadora en la séptima semana embarazo)[15]. Para el Tribunal Supremo, la razón principal que sustenta su postura es que "la Ley 39/1999 concibe dicha calificación como un supuesto particular de "despido discriminatorio", ésto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares (…) Parece claro que el presupuesto de que un despido sea "motivado" por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación. Siendo ello así, la tesis de la "nulidad objetiva" del despido por embarazo, que por hipótesis prescinde del móvil de la decisión extintiva, no se ajusta a la finalidad de la norma expresa e inequívocamente formulada en la parte expositiva de la Ley. La configuración del despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto especial de "despido discriminatorio" conduce, por tanto, a una construcción sistemática del art. 55.5. ET como norma dedicada en su integridad al despido nulo por lesión de derechos fundamentales. El párrafo inicial contiene la regla general en la materia, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican y modalizan la regla general en supuestos de despidos discriminatorios en los que se establece un régimen de prueba de la discriminación particularmente favorable a la trabajadora". Pero es que, además, "la exigencia de este requisito se ajusta plenamente al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), siendo así que, como glosa BORRAJO, "no hay seguridad jurídica sin certeza y ésta es reconocimiento claro y seguro de algo". Frente a ella, la tesis de la nulidad objetiva del despido por embarazo "se hace depender del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada"[16].

Sin embargo, la sentencia vino acompañada del voto particular de dos magistrados, al que se adhirieron otros cinco, donde se concluye que "una interpretación literal del artículo 55-5 b) ET lleva a la conclusión de (…) que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación, pues los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos en el segundo".

El criterio de las dos sentencias del Tribunal Supremo de 19 julio 2006 fue reiterado por otras del mismo tribunal, si bien alguna de ellas volvió a incorporar un voto particular [(STS 29 febrero 2008 (RCUD 657/2007)]. Y también, lógicamente, por resoluciones dictadas por las salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Extrañamente, sin embargo, y casi como para dar todavía más la razón al profesor BORRAJO en sus planteamientos acerca del Derecho vivo del Trabajo, algunas de estas salas optaron por apartarse de la doctrina unificada para insistir, con los votos particulares de las sentencias del Tribunal Supremo, en el carácter automático de la nulidad del

[15] Otra resolución de la misma fecha STS 19 julio 2006 (RCUD 387/2005) conoce del caso de una trabajadora despedida dos días antes de la realización del test de embarazo con resultado positivo. Los razonamientos y el fallo son similares. Y también lo es el voto particular.

[16] *Ibídem*, pág. 9.

despido de la trabajadora embarazada[17]. Y todavía más razón vendría a darle la STC 92/2008, de 21 de julio, en su recurrente alegato sobre la necesidad proporcionar seguridad jurídica en la práctica del Derecho.

Recaída en un supuesto en el que la afirmación empresarial acerca del desconocimiento del estado de embarazo sirve tanto al Juzgado de lo Social como al Tribunal Superior de Justicia para rechazar la pretensión de nulidad del despido, el recurso de amparo permite al Tribunal Constitucional abrir un debate que solo en apariencia –recuérdense los votos particulares– había cerrado el Tribunal Supremo[18].

Es cierto que, como la propia resolución señala, el mismo Tribunal previamente había "considerado que el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido". Sin embargo, ante la nueva redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, al art. 55.5 su postura es ahora que "nada en el (nuevo) art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo".

Además de otros reproches que pudieron hacerse en su momento, quizá el mayor flanco abierto de esta resolución fuera que, al reconocer "que la Constitución admite otras medidas de protección de la trabajadora embarazada, pero hay que acatar la elección del legislador", el Tribunal asume una "posición relativizadora sobre la incidencia de la opción legislativa en el canon de constitucionalidad (que) ofrecerá una base firme para la opinión disidente del Voto particular de la posterior STS (4.ª), de 16 de enero de 2009 (RCUD 1758/2008)". Aparte de que "la exclusión de esta medida de protección del embarazo del cuadro de acciones discriminatorias por vulneración de derechos fundamentales, podría dar base para una fortísima limitación en cuanto a las indemnizaciones que se pueden sumar a las legales ordinarias en caso de despido discriminatorio"[19].

En efecto, aunque la STS de 17 octubre 2008 (RCUD 1956/2007) asumió de inmediato el cambio de doctrina postulado por la STC 92/2008, la de 16 de enero de 2009 (RCUD 1758/2008), sin perjuicio de hacerlo también, incorporó un voto particular[20] en el que en esencia se vino a sostener que, "por un lado, la (STC 92/2008) invade la competencia de formación de la doctrina unificada en el ámbito de la legislación laboral (que corresponde al Tribunal Supremo); (y), por otro lado, (que dicha resolución) debía delimitar la fuerza vinculante de la doctrina en ella establecida (...) a los supuestos de despido de trabajadoras

[17] Así, STSJ Cataluña 17 enero 2008 (rec. 6805/2007).

[18] Conviene notar que el recurso de amparo que da pie a la sentencia constitucional se presenta contra una sentencia del Tribunal Supremo anterior a las de 19 de julio de 2006, la STS de 29 de marzo de 2006 (RCUD 954/2005), que no llegó a entrar el fondo del asunto al entender que no existía contradicción entre la sentencia recaída en el recurso de suplicación y la aportada como contradictoria.

[19] *Ibídem*, pág. 16. Respecto de esta crítica, basta con señalar todavía se suscitan dudas, como es de ver en STSJ Cataluña 21 junio 2021 (Rec.1926/2021) y STSJ Madrid 18 junio 2021 (Rec. 286/2021), entre otras.

[20] El autor del mismo fue el magistrado y catedrático Antonio Martín Valverde, ponente en las SSTS de 19 julio 2006 y que no pudo plantearlo a la STS 17 octubre 2008 al no formar parte de la Sala.

embarazadas con embarazo perceptible (como era el caso por ella analizado)". Además, y para complicar todavía más el panorama, la otra STS de 19 julio 2006 (RCUD 1452/2005) también fue recurrida en amparo, permitiendo una nueva intervención del Tribunal Constitucional, protagonizada por la STC 124/2009, de 18 mayo. Aparte otras cuestiones, esta última resolución incide sobre dos asuntos capitales, la posible colisión competencial entre el Tribunal Supremo y el Constitucional, afirmándose que éste "puede conocer sobre la interpretación que de una Ley realice el Tribunal Supremo si se trata de un precepto legal que sirve para garantizar la efectividad de un derecho fundamental cuestionado"; y la cuestión de fondo, respecto de la que reitera la doctrina ya conocida de STC 92/2008.

En fin, el mejor colofón a esta particular batalla dialéctica entre tribunales lo ponía en el momento en que el profesor BORRAJO redactó su trabajo una curiosa singularidad de la STC 124/2009: el hecho de que su ponente se viera obligado "dada su posición procesal, a expresar sobre el caso el parecer de la Sala, pero no el suyo propio. De ahí que presente y desarrolle una argumentación en contrario en un Voto particular"[21]. Dicho voto, en fin, insiste tanto en la necesidad de deslindar convenientemente las competencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como, respecto del fondo, en la exigencia del conocimiento previo del empresario del estado de embarazo en el art. 55.5 ET.

III. CONSIDERACIONES FINALES

"Perplejidad y bases para la recapacitación" es la rúbrica del último de los apartados del ensayo comentado. Su conclusión o reflexión final. Y, desde luego, está muy bien traída. A lo largo del mismo hemos podido asistir en primera fila a una suerte de espectáculo o juego de prestidigitación en el que, usando como tópico una concreta institución laboral, en este caso el despido de la trabajadora embarazada, aunque podría haber sido cualquier otra, el profesor BORRAJO nos revela la naturaleza viva y dinámica del Derecho del Trabajo; un ir y venir de argumentos y criterios; de fallos y votos particulares. Desde la inicial exigencia del conocimiento previo empresarial como requisito de la nulidad del despido, al criterio constitucional que postula la nulidad objetiva y automática del mismo; y, desde ahí, el cambio de doctrina casacional unificada y luego su reafirmación constitucional. Y también hemos comprobado, mal que le pesara al profesor BORRAJO, la natural inseguridad de la realización práctica del Derecho que tanto dificulta su función ordenadora de la vida que se vive en sociedad. Una clase magistral al cuidado de un verdadero maestro del Derecho impartida desde esa cátedra que siempre fue *Actualidad Laboral*.

Antes de concluir, y a modo de coda, basta con añadir que la "perplejidad" se mantuvo durante algunos años más tiempo después. Sobre todo, una vez que STC 173/2013, de 10 de octubre, al tiempo que reafirmaba en la doctrina de las SSTC 92/2008 y 124/2009, entendía que la misma no era aplicable al nuevo caso llevado ante el tribunal por no tratarse de un despido, sino de la "extinción del contrato laboral durante el período de prueba". Por lo demás, todavía hoy, en 2022, el despido de la trabajadora embarazada sigue originando una importante litigiosidad, como es de ver en cualquier repertorio o base de datos de jurisprudencia y doctrina judicial[22].

[21] *Ibídem*, pág. 21.

[22] Entre las más recientes, pueden verse SSTS 9 diciembre 2021 (RCUD 3340/2019), 11 enero 2022 (RCUD 2099/2019), 18 mayo 2022 (RCUD 4088/2022).