

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi García Viña (España), José Luis Gil y Gil (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Jorge Baquero Aguilar (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Marina Fernández Ramírez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Maddalena Magni (Italia), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Francesco Nespoli (Italia), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

El régimen extintivo del contrato de trabajo en el periodo de prueba tras el reconocimiento legal de nuevas causas de discriminación

Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ*

RESUMEN: Este trabajo pone en conexión los cambios en la regulación del derecho a no ser discriminado, y su impacto en el régimen jurídico del periodo de prueba. El régimen extintivo durante este periodo se caracteriza por la flexibilidad ya que, entre otras cosas, la resolución contractual a instancias del empresario no tiene que acompañarse de causa alguna. Ahora bien, ello no significa que su decisión pueda vulnerar los límites constitucionales impuestos por el respeto a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a no ser discriminado. Derecho que, en los últimos años, se ha visto sometido a una expansión tanto material como personal a efectos de reforzar las garantías de su cumplimiento. A lo largo de este estudio se van a analizar los cambios más significativos en la configuración del derecho a la no discriminación acaecidos en el marco del sistema jurídico español, pero siempre en relación con el periodo de prueba, preguntándonos qué consecuencias serán apreciables en mayor grado en lo que se refiere a su régimen jurídico hasta el momento existente.

Palabras clave: Discriminación, embarazo, enfermedad, LGTBI, periodo de prueba.

SUMARIO: 1. Introducción: nociones básicas sobre el periodo de prueba. 2. Extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba y vulneración del derecho a la no discriminación. 3. El derecho a la no discriminación: un derecho en expansión. 4. Periodo de prueba y nuevas causas de discriminación. 4.1. Un primer paso: el RD-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. 4.2. La ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: especial atención a la situación de incapacidad temporal. 4.2.1. La enfermedad, y otras situaciones análogas, como causa de discriminación. 4.2.2. El periodo de prueba y la declaración de incapacidad temporal. 4.2.3. Conclusiones parciales. 4.3. La ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: la difícil concreción de sus términos. 4.3.1. Identidad de género o sexual, y expresión de género. 4.3.2. Orientación sexual. 4.3.3. Conclusiones parciales. 5. Extinción causal: la obligación de realizar las experiencias objeto de la prueba. 6. Conclusiones finales. 7. Bibliografía.

* Personal investigador en formación, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas de Madrid (España).



The Termination of the Employment Contract on Probation after the Legal Recognition of New Protected Grounds by the Spanish Non-Discrimination Law

ABSTRACT: This paper ties the changes in the regulation of the Non-Discrimination right in Spain and its impact on the regulation of the employment contract on probation. The termination of the employment contract during this period is characterized by a high level of flexibility, since the request of the employer do not have to be followed by any explanation of its cause. Nevertheless, this does not mean that its decision could violate the constitutional limits imposed by the respect for fundamental rights, such as the right not to be discriminated against. Recently, the Spanish legislator has enforced the guarantee of compliance of this right, by broadening the material and subjective scope of its application. Hereinafter, we will analyse the most significant changes in the configuration of the non-discrimination right, always in relation to the employment contract on probation, raising the question whether it is time to introduce some amendments in the termination regime of the probationary period.

Key Words: Discrimination, pregnancy, illness, LGTBI, probationary period.

1. Introducción: nociones básicas sobre el periodo de prueba

El periodo de prueba facilita al empresario evaluar la aptitud de un trabajador, tanto si es una nueva incorporación a la plantilla de su empresa como si, formando ya parte de ésta, ha cambiado de puesto de trabajo. Además, permite hacerlo de la manera más eficaz posible gracias a la integración de dicho trabajador en el ciclo productivo de la empresa.

El régimen jurídico del periodo de prueba presenta una peculiaridad excepcional (art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹): la concesión de una de mayor flexibilidad al empresario en lo que respecta a la rescisión contractual. Esto supone que la regla general sobre la causalización del despido, entendiendo despido en sentido amplio como la decisión extintiva del contrato de trabajo cuando recae sobre la voluntad empresarial², desaparece³. Durante la vigencia del periodo de prueba, el empresario en cualquier momento puede resolver el contrato de trabajo sin aludir a causa alguna, sin atender a formalidades como el respeto a un plazo de preaviso o la comunicación mediante forma escrita, y sin la obligación de abonar indemnización de ningún tipo⁴.

El régimen jurídico del establecimiento del periodo de prueba se fundamenta en la primacía de la voluntad de las partes, ya que ellas son quienes deciden su establecimiento mediante pacto y siempre al inicio de la relación laboral. Sin embargo, su constitución está sujeta a ciertas formalidades. Por un lado, es necesaria la forma escrita para su existencia⁵, y la concreción exacta en texto de su duración⁶. Por otro lado, dicha duración máxima está delimitada por lo que señale el convenio colectivo de

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

² A. BAYLOS GRAU, J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009, p. 22.

³ STS 2 abril 2007 (rec. 5013/2005); STS 12 julio 2012 (rec. 2789/2011).

⁴ Estas prerrogativas pueden considerarse todo un «privilegio patronal» (A. MARTÍN VALVERDE, *El artículo 14. Periodo de prueba*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. SERRANO FALCÓN (dirs.), *El nuevo Estatuto jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1995, p. 230).

⁵ Forma escrita *ad solemnitatem* (*ibidem*).

⁶ No se permite que se haga una remisión genérica a un periodo de prueba previsto en un convenio colectivo. En la STS 12 abril 2023 (rec. 1269/2022), FJ 2.2, «El trabajador tiene derecho a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba. La razón es que, durante el mismo, cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna, consecuencia particularmente grave para el trabajador».

aplicación, por la regulación propia, o en su defecto el artículo 14 ET⁷.

A lo largo de este estudio se van a analizar los cambios más significativos en la configuración del derecho a la no discriminación acaecidos en el marco del sistema jurídico español, pero siempre en relación con el periodo de prueba. El objetivo de este trabajo es prever qué consecuencias conlleva el reconocimiento de un ámbito subjetivo de aplicación del derecho a no ser discriminado más amplio respecto del régimen jurídico del periodo de prueba hasta el momento existente.

2. Extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba y vulneración del derecho a la no discriminación

Pese a que hemos indicado que durante la vigencia del periodo de prueba rige la libre voluntad de desistimiento empresarial, esta facultad no es ilimitada. En efecto, el respeto a los derechos fundamentales aparece como eje vertebrador en todo momento durante la relación laboral y, por tanto, también en el periodo de prueba. Esto no es ajeno a la concepción moderna de los derechos fundamentales que implica su virtualidad plena en las relaciones *inter privatos*. A mayor abundamiento, en la relación laboral la dependencia entre el trabajador y el empresario, y el sometimiento del primero al poder del segundo, es especialmente apreciable. En este contexto, el riesgo de que los derechos de la parte trabajadora se vean conculcados es mayor, lo cual justifica y explica que la aplicación de éstos adquiera carácter directo dentro de los márgenes de la relación laboral⁸. Son muchas, y datan de antiguo, las sentencias que han manifestado que la posición jurídica del trabajador no puede servir como pretexto para despojar a éste de sus derechos fundamentales⁹.

En concreto, vamos a centrarnos en estudiar la prohibición de discriminación durante el periodo de prueba, protagonista de un no muy

⁷ La regulación del periodo de prueba a nivel europeo se contiene en la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

⁸ C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, *Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la Drittwirkung*, en *Revista de las Cortes Generales*, 2004, n. 61, p. 165.

⁹ STC 88/1995, de 19 de julio, FJ 2º: «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional», y por todas.

frecuente, aunque no por ello desdeñable, número de litigios. Hemos de ser conscientes de que suelen ser escasos los asuntos llevados ante los tribunales en materia de extinción contractual en el periodo de prueba, principalmente por la opacidad que caracteriza a estas decisiones empresariales, junto al hecho de que normalmente se reclaman pequeñas cantidades de dinero. Pero, en todo caso, la prohibición de discriminación durante el periodo de prueba supone un importante límite frente al uso abusivo y arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral en estos casos: «El libre desistimiento como elemento caracterizador del periodo de prueba configura este momento temporal como potencialmente abusivo. El uso patológico de la prueba puede conducir a la renuncia de derechos laborales, a la exigencia de esfuerzos y rendimientos superiores a lo normalmente exigibles, y en el límite, a la concatenación fraudulenta de pruebas»¹⁰.

Cierto es que el empresario no tiene que motivar su decisión extintiva, sin embargo, ésta en ningún caso podrá sostenerse en razones discriminatorias. El artículo 14 ET no se pronuncia al respecto y nada dice sobre la prohibición de declarar la no superación del periodo de prueba si el hacerlo supone una vulneración de algún derecho fundamental del trabajador. Pero, de ningún modo ello supone la inaplicación de este derecho, pues en esencia impone un límite constitucional¹¹.

El derecho a no ser discriminado puede entenderse como una garantía reforzada del principio a la igualdad de trato. La igualdad de trato exige la razonabilidad de la diferencia en el tratamiento de situaciones similares y, en su defecto, su justificación. Por su parte, el derecho a no ser discriminado se fundamenta en la existencia de grupos de personas, individualizados o individualizables, que tradicionalmente se han visto expuestos a la marginación social. Esta circunstancia se traduce en la exigencia de un examen más estricto de la diferencia de trato, ya que el trato diferenciado basado en alguno de los rasgos protegidos será considerado discriminatorio y, por ende, no estará permitido¹².

¹⁰ M.A. BALLESTER PASTOR, *El periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 15.

¹¹ STC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3º: «Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española», y por todas.

¹² F. REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, 2019, p. 47 ss.

La forma en la que se manifiesta la discriminación puede ser de dos tipos: directa e indirecta, cuyas definiciones son obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) introducidas en el artículo segundo de la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La discriminación directa tendrá lugar cuando una persona sea tratada de manera desfavorable debido a la concurrencia en ella de un rasgo social o personal protegido por el derecho a no ser discriminado. La discriminación indirecta contempla aquellas disposiciones o criterios, aparentemente neutros, de cuya aplicación se derive una consecuencia negativa para uno de estos grupos sociales protegidos. Todo ello sin perjuicio de que, fruto de la praxis jurídica, se hayan identificado otras formas de discriminación, como puede ser la discriminación por error, por asociación, múltiple o interseccional, hoy recogidas en la ley. Así, la decisión de rescindir el contrato de un trabajador por la no superación del periodo de prueba que oculta una razón discriminatoria debería ser calificada, en principio, como una discriminación directa, prohibida y no susceptible de justificación.

La vulneración del derecho a no ser discriminado despliega una tutela específica que se concreta en el reconocimiento de ciertas garantías jurídicas especiales. Esta tutela puede quedar resumida en los dos siguientes puntos básicos. Por un lado, la nulidad del acto calificado como discriminatorio y la opción de reconocer a la víctima una indemnización derivada del daño moral causado. Por otro, la existencia de unas garantías procesales que hacen que todo procedimiento en el que se alegue una vulneración de derechos fundamentales quede sometido a los principios de sumariedad y preferencia, así como la aplicación en estos casos de la inversión de la carga de la prueba.

Ante la dificultad que supondría la demostración de un hecho negativo, la inversión de la carga de la prueba impone al empresario, agente discriminador, la tarea de demostrar que la actuación enjuiciada responde a unas circunstancias reales, contrastables y objetivas, y por lo tanto alejada de todo móvil discriminatorio. La inversión de la carga de la prueba no exonera a la parte demandante de participar en la actividad probatoria. Para que esta garantía se active, primero se habrán de aportar unos indicios de la existencia de discriminación que sean suficientes como para levantar en el juzgador la sospecha de que el derecho a no ser discriminado ha sido lesionado.

A grandes rasgos, los tribunales han venido considerando como indicios razonables a efectos de estudiar una posible discriminación, en primer lugar, la pertenencia de la persona afectada a un grupo social

históricamente discriminado, lo que supone cerciorarse de que se da en ella el rasgo personal o la característica social que se alega, y, en segundo lugar, que su concurrencia haya venido siendo motivo de exclusión social. Sin embargo, la mera alegación de ser víctima de una discriminación, así como la sola pertenencia a uno de estos grupos protegidos, no han sido considerados como indicios suficientes¹³. Los tribunales han atendido a otros hechos a la hora de su valoración como indicios, tales como, por ejemplo, el conocimiento de la circunstancia protegida por el empresario¹⁴, la conexión temporal entre su conocimiento y el momento en que acontece la actuación supuestamente discriminatoria¹⁵, las declaraciones expresas que pueda haber efectuado el agente discriminador al respecto, o la existencia previa de un conflicto entre ambas partes¹⁶. Una vez dados por idóneos los indicios, la parte empresarial debe intentar desactivar su carácter discriminatorio. Si es capaz de aportar unos motivos válidos y suficientes que expliquen su decisión, la no superación del periodo de prueba queda convalidada¹⁷.

En cambio, si fracasa en esta tarea la decisión extintiva será declarada nula, con el consecuente restablecimiento del contrato de trabajo, debiendo abonar los salarios de tramitación debidos, y, si así procediese, una indemnización por daños morales. Conforme a reciente jurisprudencia, para existir derecho a esta última, la parte demandante debe antes haber aportado algún elemento que permita constatar la existencia de un daño moral, aunque no se exige su cuantificación, que quedará en manos del juzgador quien, como regla general, empleará para su baremo los criterios establecidos en la LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

¹³ STC 74/1998, de 31 de marzo; STC 183/2007, de 10 de septiembre, y por todas.

¹⁴ No si se conocía con anterioridad al inicio de la relación laboral (STSJ Castilla y León, Valladolid, 5 junio 2006, rec. 962/2006).

¹⁵ Por ejemplo, la no superación del periodo de prueba de una trabajadora tras resultar electa en las elecciones sindicales (STJS Comunidad Valenciana, 27 mayo 2004, rec. 1225/2004).

¹⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo, 2021, p. 76 ss.

¹⁷ Por ejemplo, en la STJS de Galicia, de 9 de febrero de 2021, n. rec. 4431/2020: «El motivo que determinó el cese del actor fue el haber sido denunciado dos veces por su expareja, como presunto autor de un delito de violencia de género. El actor reconoció que ha sido encausado e incluso que sobre él recae una orden de alejamiento de 45 metros al menos de su expareja».

3. El derecho a la no discriminación: un derecho en expansión

El derecho a no ser discriminado prohíbe el tratamiento desigual que desemboque en un resultado peyorativo hacia determinados grupos sociales susceptibles de ser individualizados porque todos sus miembros comparten un rasgo personal o una circunstancia social. Por esta razón, la prohibición de discriminación «representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española»¹⁸. Aunque todos los individuos tenemos derecho a recibir un trato igualitario, solo están amparados por el derecho a no ser discriminado aquellos sujetos que cumplen con los requisitos de esta definición. En consecuencia, el elemento subjetivo se alza como una pieza clave en la aplicación de este derecho, digno de estudio tanto por el derecho como por otras materias extrajurídicas, con el objetivo último de responder a la pregunta de qué grupos sociales son merecedores de quedar amparados por la protección reforzada que concede este derecho.

Para concretar el ámbito de aplicación del derecho a no ser discriminado, el legislador enumera ciertas circunstancias sociales o personales de diversa índole, pero con una característica en común. Las personas que los poseen constituyan o no una minoría¹⁹, se ven expuestos a prejuicios y estereotipos, es decir, a ideas preconcebidas que determinan el comportamiento que tienen o deben tener. Los prejuicios y estereotipos cuentan con un alto grado de aceptación social, lo que dificulta su identificación y más aún su erradicación. En muchos casos, los atributos que se asocian a estas personas son erróneas y conllevan connotaciones negativas, lo que explica el rechazo social que se comparte hacia estos colectivos²⁰.

Un rápido vistazo a la regulación del derecho a no ser discriminado a lo largo del tiempo y en los diferentes niveles normativos, internacional, comunitario y nacional, basta para advertir que estas causas no han sido siempre las mismas. A lo largo del tiempo, como resultado del aumento de la conciencia social, así como de la capacidad de presión de determinados colectivos, el legislador ha incluido expresamente nuevas causas de

¹⁸ STC 166/1996, de 15 de julio, y por todas.

¹⁹ Como en el caso de las mujeres que suponen la mitad de la población mundial, en M.Á. BARRÈRE UNZUETA, D. MORONDO TARAMUNDI, *Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, n. 45, p. 35.

²⁰ F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 48-53.

discriminación. Existe el llamado *núcleo duro* de rasgos amparados por este derecho²¹, con una larga trayectoria jurídica: el género, el origen étnico, la religión y las opiniones o convicciones ideológicas, al que se han añadido otras paulatinamente. De hecho, éstas primeras son las únicas causas a las que hace mención expresa el artículo 14 CE de 1978²². De manera ligeramente más amplia se pronunciaba, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH)²³ o el Convenio OIT n. 111 de 1958²⁴.

Un primer momento de expansión de las causas protegidas por el derecho antidiscriminatorio se vivió de la mano de la Unión Europea que amplió el marco material comunitario de este derecho con la aprobación de la ya mencionada Directiva 2000/78/CE, que junto a la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, conforman el cuerpo del derecho antidiscriminatorio del derecho de la UE.

Es entonces cuando se suman al acervo tradicional de rasgos protegidos la edad, la discapacidad y la orientación sexual, con el consecuente impacto en las regulaciones de los Estados miembros que se vieron obligados a trasponer estas directivas. Se trataba de rasgos que venían sido motivo de discriminación social, pero que se encontraban poco visibilizados y desatendidos por el legislador.

El derecho a no ser discriminado está sometido a una constante revisión y, uno de los retos a los que se enfrenta el derecho antidiscriminatorio moderno es la identificación de grupos sociales o colectivos a los que proteger. La evolución de la conciencia social ha hecho

²¹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98, p. 15.

²² «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²³ «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art 14).

²⁴ «A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» (art. 1).

que este derecho viva en una constante expansión y que cada reforma a la que se ve sometido ensanche su ámbito subjetivo de aplicación, llegando a generar incluso el riesgo de que su fundamento jurídico quede desvirtuado²⁵. No se trata de enumerar arbitrariamente todas las circunstancias sociales y las características personales que puedan darse en una persona, sino de que efectivamente éstas, en palabras del Tribunal Constitucional (TC), supongan «una diferencia históricamente muy arraigada que les ha situado por la acción de los poderes públicos como por la práctica social en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona»²⁶.

Ejemplo de todo esto es el devenir de la regulación nacional en materia de no discriminación, motivado por el deseo de propiciar una respuesta jurídica acorde a una sociedad que abraza la diversidad. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, es reflejo de ello. Se trata de una ley integral, general, transversal, y de garantías. Pese a no compilar toda la normativa en materia de derecho a la no discriminación existente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hubiese sido deseable, pero a su vez complejo por la fragmentada regulación existente en la materia²⁷, aspira a convertirse en un contenido mínimo a respetar en todos aquellos ámbitos donde pueda experimentarse una situación discriminatoria. Para ello, desde una óptica modernizadora y con el objeto último de reforzar la tutela ya existente en materia de protección de este derecho, enumera las causas que quedan amparadas por el derecho a no ser discriminado, haciendo de ésta la novedad más importante que su entrada en vigor ha supuesto²⁸.

En el ordenamiento jurídico nacional, la Ley 15/2022, dado su carácter general, contiene la definición del derecho a no ser discriminado más amplia de las por el momento contenidas en los diferentes instrumentos legislativos en materia de derecho antidiscriminatorio, y pretende abarcar todos los motivos que pueden convertir a un sujeto en una víctima de un trato discriminatorio, obteniéndose como resultado una amplia enumeración de las causas expresamente protegidas. Con todo, esta forma de proceder no ha quedado exenta de críticas, considerada para algunos

²⁵ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 165, pp. 103-105.

²⁶ STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3º, en relación con la discriminación sufrida por una persona homosexual y la posibilidad de incluirá en la cláusula abierta del art. 14 CE.

²⁷ J.L. GOÑI SEIN, *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad*, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2022, n. 1, pp. 9-10.

²⁸ *Idem*.

autores como excesivamente prolija²⁹. No obstante, en términos generales, podemos afirmar que gran parte de la doctrina académica ha visto con buenos ojos la aprobación de esta ley y el avance social que representa³⁰.

Sea como fuere, el artículo segundo de la Ley 15/2022 reza de la siguiente manera: «Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Sin perjuicio de lo anterior, el reciente desarrollo de leyes en materia de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico no finaliza aquí. La Ley 15/2022 fue el prelude de lo que sería una ley monotemática, enfocada exclusivamente en la garantía de los derechos de las personas LGTBI (lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales): Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley Trans).

4. Periodo de prueba y nuevas causas de discriminación

La expansión reciente del desarrollo jurídico del derecho a la no discriminación ha impactado en las relaciones laborales. Todas las etapas de la relación laboral se ven impregnadas por la prohibición general y transversal de no ser discriminado, desencadenando una serie de consecuencias que afectan y limitan el poder empresarial, cuyo estudio ha sido objeto de abundante literatura. En las sucesivas páginas se expondrá el impacto que estas modificaciones pueden tener en la configuración del régimen jurídico del periodo de prueba, especialmente en lo relativo a la extinción contractual por la no superación del mismo. Conjugando las prerrogativas empresariales con una mayor protección del derecho a no ser discriminado de los trabajadores puede generar puntos de fricción entre los intereses de ambas partes.

Asimismo, en este estudio se pretende poner de manifiesto otro de los

²⁹ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*

³⁰ I. BALLESTER PASTOR, *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64.

problemas que se derivan de la ampliación de los motivos protegidos por el derecho a la no discriminación: la falta de delimitación de sus conceptos. Los rasgos tradicionalmente protegidos se caracterizaban por ser circunstancias inherentes a la persona y de carácter permanente como era, por ejemplo, el caso del origen étnico o el sexo, este último incluso hoy sujeto a debate. Actualmente, la determinación de estos rasgos no es tan sencilla. En unos casos, las circunstancias se refieren a rasgos cuya constatación requiere una indagación que serpentea los límites del derecho a la intimidad (art. 18 CE), como ocurre en el caso de la religión, las convicciones, la orientación sexual o la identidad de género de una persona. En otros casos estos rasgos son circunstanciales y temporales, desapareciendo su carácter permanente, como es el caso de la enfermedad o la edad. En definitiva, la ampliación del derecho a la no discriminación exige la concreción de estas circunstancias, lo que implica todo un reto jurídico.

En concreto, este trabajo tiene por objeto analizar cómo se verá afectado el régimen extintivo del periodo de prueba en aplicación de la regulación reciente que aborda causas de discriminación a las que, hasta el momento, apenas se habían referido los operadores jurídicos: la enfermedad (Ley 15/2022), y la identidad de género y la orientación sexual (Ley Trans). La ampliación que ha experimentado el derecho a la no discriminación durante el periodo de prueba ha de comenzar a estudiarse por los cambios introducidos en lo relativo al cese de la mujer embarazada (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 hombres en el empleo y la ocupación).

4.1. Un primer paso: el RD-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

El artículo 55.5 ET prevé la nulidad objetiva del despido de la mujer embarazada³¹; lo que conlleva a que, una vez acreditada la situación de embarazo, se desplieguen automáticamente los mecanismos jurídicos inherentes a la tutela antidiscriminatoria.

No fue hasta la entrada en vigor RD-ley 6/2019 cuando también se estableció la nulidad objetiva de la extinción contractual de la mujer

³¹ Introducido por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de todas las personas.

embarazada durante el periodo de prueba. Hasta entonces, las garantías antidiscriminatorias, fortalecidas para el caso del despido de la mujer trabajadora y embarazada, no se aplicaban al periodo de prueba, dando lugar a una disparidad de regímenes jurídicos cuando menos destacable y no exenta de crítica³². Si una mujer embarazada no superaba el periodo de prueba podía alegar ser víctima de una discriminación por razón de género, pero siempre y cuando antes hubiese aportado unos indicios discriminatorios suficientes. Las diferencias en el blindaje del despido de la mujer embarazada, dependiendo de si había o no superado el periodo de prueba, se habían justificado basándose en el característico régimen extintivo del periodo de prueba, sin sujeción a formalidades.

La consecuencia práctica quizás más importante que esta falta de regulación conllevaba era la casi total imposibilidad de aplicar las garantías fortalecidas de protección cuando el empresario no tuviese conocimiento de la situación de embarazo de la mujer cuyo contrato resultaba extinguido. En los casos en los que no era posible alegar que el empresario era conocedor del estado de gestación de la trabajadora en cuestión, los tribunales habían optado por descartar la viabilidad de los indicios probatorios aportados³³, olvidando apreciar que esta información estaba reservada a la esfera del derecho a la intimidad de la afectada³⁴. Quedaban así demostradas las debilidades que suponía aplicar la tutela clásica antidiscriminatoria al despido de la mujer embarazada en el periodo de prueba, especialmente por la dificultad probatoria y las mayores cargas procesales que ello implicaba, más aún en comparación con el régimen de nulidad objetiva previsto en el artículo 55 ET³⁵.

Finalmente, el RD-ley 6/2019 modificó el texto del artículo 14 ET para introducir en su apartado primero un nuevo párrafo que declaraba la nulidad de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba a instancia empresarial en el caso de las trabajadoras embarazadas.

³² *Vid. in extenso* votos particulares de las sentencias STS 18 abril 2011 (rec. 2893/2010); STC 173/2013 de 10 de octubre.

³³ «El despido de mujer embarazada se configura como un supuesto de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación [...] 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» (STS 6 mayo 2009, rec. 2063/2008).

³⁴ X. SOLÀ MONELLS, [La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), en *IUSLabor*, 2020, n. 1, p. 21.

³⁵ D. PÉREZ DEL PRADO, *La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 1.

De tal suerte, se ponía fin a esta controversia y se homogeneizaban ambos regímenes jurídicos en aras de fomentar el desarrollo profesional de las mujeres sin que la maternidad se convirtiera en un obstáculo para ello.

Sin negar que el RD-ley 6/2019 ha supuesto un importante avance para el desarrollo de medidas en materia de igualdad de género en el trabajo, favoreciendo la corresponsabilidad en el cuidado tanto de hombres como mujeres, y evitando que la asunción de tareas reproductivas se haga a costa de sacrificar el trabajo productivo, es cierto que aún se quedan en el tintero mejoras que podrían haberse incluido en este texto³⁶. La protección contra el despido del artículo 55 ET no se limita a la mujer embarazada, sino que abarca a todos aquellos sujetos que hayan solicitado, estén disfrutando o hubiesen disfrutado de los derechos de conciliación que reconoce este mismo apartado (arts. 37, apartados 3.b), 4, 5 y 6, 34.8, 46.3 y 45.1.d) ET). Por tal razón, continúa existiendo un dispar régimen jurídico frente al despido de los trabajadores que hayan hecho uso, estén en ello o vayan a hacerlo de los derechos de conciliación, que varía si se encuentran en periodo de prueba o no, pues superado éste la nulidad será automática.

Ante el silencio que guarda el artículo 14.2 ET con respecto de la cuestión, ya que en él solo se hace referencia a «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 ET, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad», es difícil determinar qué ocurrirá con el resto de derechos de conciliación. De la regulación del artículo 55.5 ET, referido a la nulidad del despido, recientemente modificado y ampliado³⁷, se concluye que basta con acreditar que se han solicitado o se desean solicitar los permisos contenidos en los artículos 37, apartados 3.b), 4, 5 y 6, 34.8, 46.3 y 45.1.d) ET. Pero, ¿ha de aplicarse este mecanismo de nulidad automática en el periodo de prueba en relación con el uso y disfrute de los permisos de conciliación mencionados?

Lo cierto es que podríamos responder afirmativamente, ya que durante el periodo de prueba la relación laboral se encuentra plenamente vigente a

³⁶ M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, [La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español](#), en *Femeris*, 2022, n. 2.

³⁷ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

todos los efectos, se mantienen las prerrogativas empresariales, y también podría aplicarse la protección reforzada para evitar encontrarnos ante conducta discriminatoria. Recordemos que «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» (art. 14.2 ET).

Asimismo, el trabajador que se hallase en periodo de prueba y su contrato fuese extinguido por alguna razón vinculada con el disfrute de los derechos de conciliación, también encontraría protección antidiscriminatoria si aportase indicios suficientes acerca del motivo que llevó a que el empresario adoptase tal decisión ha sido el ejercicio de éstos. Los derechos de conciliación están revestidos de una garantía constitucional por cuanto se encuentran vinculados al derecho a no ser discriminado por razón de género³⁸. Teniendo en cuenta que la conciliación sigue recayendo en mayor medida sobre las trabajadoras mujeres, cualquier tratamiento injustificado peyorativo que impida el disfrute de estos derechos tendrá la consideración de discriminatorio por razón de género. Los tribunales abogan por el uso de estos derechos con el fin de que las mujeres puedan compatibilizar su desarrollo profesional con la atención al cuidado familiar, sin tener que sacrificar ninguno de ellos. Pero para conseguir una igualdad de género efectiva, que no sólo se centre en la conciliación laboral y familiar desde el lado femenino, se debe garantizar que estos derechos sean también disfrutados por los hombres, pues obstaculizar el disfrute masculino de los mismos tendrá consecuencias negativas en ellas³⁹. Si existiesen indicios de que una trabajadora, o un trabajador, no ha superado el periodo de prueba por haber solicitado el disfrute o haber disfrutado de un derecho de conciliación, podrían entrar en funcionamiento las garantías antidiscriminatorias.

«Existen muchos otros supuestos en los que existe una disciplina social que castiga consciente o inconscientemente a los varones que no se atienen al comportamiento esperado para los “hombres” o que asumen roles o funciones adscritos a las mujeres. Este fenómeno se plantea de manera paradigmática en la discriminación por razón de género, porque, aunque el sistema de dominación masculina sitúa a los hombres como grupo en una posición de privilegio, también conlleva a veces limitaciones sobre los

³⁸ Por primera vez en STC 3/2007, de 15 de enero; y por todas; y consolidado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³⁹ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional*, en E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch, 2021.

individuos que pertenecen a dicho grupo que restringen sus posibilidades vitales y el libre desarrollo de su personalidad»⁴⁰.

Sea cual sea el criterio que se siga, bien sea la defensa de una nulidad automática o de una nulidad por discriminación por razón de género, lo verdaderamente importante, al cabo, será la capacidad que tenga el empresario para construir una argumentación capaz de dar una justificación suficiente y válida a su decisión.

4.2. La ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: especial atención a la situación de incapacidad temporal

4.2.1. La enfermedad, y otras situaciones análogas, como causa de discriminación

A modo de introducción, y sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo, se ha de hacer un breve resumen del recorrido histórico que ha seguido la enfermedad como una causa de discriminación. En esencia, ni el legislador ni los tribunales habían venido admitiendo su inclusión como una de ellas, principalmente porque no aparecía mencionada en ningún texto jurídico. No obstante, el carácter extensivo de las causas de discriminación sí permitió que, excepcionalmente, algunas enfermedades pudiesen quedar incluidas, siempre que fuesen factor de segregación y estigmatización⁴¹.

La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2006 supuso una gran oportunidad para dotar de protección jurídica antidiscriminatoria a las personas enfermas. A través de ella se consolidaba el modelo social de la discapacidad, pues define a esta última como un hecho relacional que no tiene tanto que ver con las limitaciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales que posean estas personas, sino con los obstáculos sociales que impiden su plena participación social. Con ello, la tradicional dicotomía

⁴⁰ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *El problema de la discriminación inversa: ¿Es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 202.

⁴¹ STS 29 enero 2001 (rec. 2000/2069), FJ 2º: «La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

mantenida por los tribunales entre enfermedad y discapacidad empezó a hacerse más tenue⁴². Si desde el modelo social se entiende la discapacidad como la relación entre la interacción de la deficiencia humana que se padece y las barreras sociales que dificultan la plena participación social, es de coherencia considerar la enfermedad, en ciertos casos, como si de una discapacidad se tratase. Así, el TJUE fue elaborando un perfil de la enfermedad asimilable a discapacidad, lo que permite incluir a aquellas enfermedades que comparten características con la discapacidad y darles un tratamiento jurídico similar. Se considerará discapacidad aquellos diagnósticos de enfermedades, que en el momento en que se produce el acto discriminatorio, se prevén de larga duración o incierta, sin una clara previsión de mejoría en el tiempo⁴³, y que afectan, al menos, a la capacidad laboral de quienes la padecen.

La entrada en vigor de la Ley 15/2022 ha supuesto la inclusión definitiva de la enfermedad como causa de discriminación, pues literalmente se refiere a la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1 Ley 15/2022)⁴⁴. El ámbito de aplicación de las garantías del derecho a no ser discriminado queda configurado más ampliamente. Creemos que no debe cuestionarse su eficacia aludiendo al carácter ordinario y no orgánico de esta ley. Recordemos que el artículo 14 CE sobre la igualdad y la no discriminación queda fuera de la reserva forzada de Ley orgánica⁴⁵, y que la Ley 15/2022 no modifica los elementos nucleares de este derecho si no que, como puede leerse en su exposición de motivos «viene a dar cobertura a las discriminaciones que ya existen y las que están por venir». Así, su definición pretende ser lo más extensa posible, abarcando a todas aquellas circunstancias sociales o personales que pueden hacer que las personas en quienes concurren sean vulnerables a ser discriminadas.

La inclusión de la enfermedad como una de estas causas da respuesta las demandas de quienes venían reclamando la aplicación de las garantías discriminatorias a quienes padecen una patología, sin importar que características cumpla dicha patología⁴⁶. Sin embargo, esta actitud positiva

⁴² STJUE 18 de enero 2018, asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*.

⁴³ Las más importantes: STJUE 4 octubre 2001, asunto C-109/00, *Tele Danmark*; STJUE 1º diciembre 2016, asunto C-395/15, *Daouidi*.

⁴⁴ L. GORDO GONZÁLEZ, [Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo](#), en *Labos*, 2023, n. 4, p. 108.

⁴⁵ STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 23º. En este mismo sentido A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 2007, p. 72.

⁴⁶ L. GORDO GONZÁLEZ, *op. cit.*

no es compartida por todos los sectores que estudian el Derecho y hay quienes muestran cierto escepticismo ante esta inclusión⁴⁷, sosteniendo su argumentario en la dificultad de englobar en un único concepto a un colectivo tan diverso y heterogéneo como pueden serlo los enfermos y las distintas patologías que puede padecer, preguntándose a su vez, si presentan todas ellas las características suficientes como para ser consideradas causas de discriminación⁴⁸.

Además, otras críticas pueden basarse en el impacto que tendrá en las relaciones laborales. En efecto, las consecuencias más sonadas son las que afectan a la calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal, considerado antes como procedente o improcedente, y sin embargo ahora pudiendo defenderse la nulidad del mismo en detrimento de su improcedencia. Para algunos tribunales, la duración o grado de afectación de la limitación que provoque la enfermedad ya no es relevante, por cuanto el legislador ha hecho una inclusión expresa y sin adjetivaciones de la misma como rasgo protegido por el derecho a no ser discriminado. Así, la conexión temporal entre la declaración de incapacidad temporal del trabajador y su despido han sido, en algunos casos, indicios determinantes para su posterior calificación como nulo por vulneración del derecho a no ser discriminado por enfermedad⁴⁹. Sin embargo, en otros casos, que constituyen un ejemplo de la falta de criterio homogéneo, la incapacidad temporal no ha sido considerada por sí misma como un indicio suficiente de discriminación que legitime la aplicación de los mecanismos de garantía de este derecho⁵⁰. Sea como fuere, sin olvidar que el debate sobre qué papel tiene la incapacidad temporal a efectos de su consideración como un indicio discriminatorio es una cuestión pendiente de resolver, lo cierto es que la nueva configuración del derecho a no ser discriminado obliga a modificar los parámetros desde los que se estudiaba la resolución contractual de un trabajador con el contrato suspendido por esta causa. En consecuencia, si el régimen extintivo del periodo de prueba ya está franqueado por el respeto a los derechos fundamentales, la inclusión de la enfermedad como rasgo protegido va a afectar a la libertad de decisión del

⁴⁷ M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 165, pp. 174-178.

⁴⁸ Sí se aprecia en el caso de las personas infectadas por el VIH (virus de la inmunodeficiencia humana), STEDH 3 octubre 2013, n. 552/10, *I.B v. Grecia*. Para el TEDH «people living with HIV were a vulnerable group with a history of prejudice and stigmatisation» (las personas que viven con VIH son un grupo vulnerable, que históricamente han sufrido prejuicios y estigmatización).

⁴⁹ Por ejemplo, STSJ Madrid 30 junio 2023 (rec. 275/2023); STSJ Castilla-La Mancha 17 julio 2023 (rec. 1066/2023).

⁵⁰ STSJ Castilla y León, Valladolid, 17 julio 2023 (rec. 1066/2023).

empresario durante el mismo.

4.2.2. El periodo de prueba y la declaración de incapacidad temporal

El artículo 14.3 ET establece que las situaciones de incapacidad temporal «que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes». El pacto entre las partes es un elemento crucial para que se produzca tal interrupción, de modo que, en su defecto, el periodo de prueba seguirá su curso. La interpretación que han venido haciendo los tribunales de los efectos de esta interrupción se ha ceñido a la literalidad de texto del ET. El precepto declara que lo que se interrumpe es únicamente el cómputo, y no otra cosa, de manera que, aunque se paralice el cálculo de periodo de prueba, las facultades empresariales se mantienen intactas⁵¹. Es relativamente frecuente que hayan sido llevadas ante los tribunales resoluciones contractuales en el periodo de prueba mientras el trabajador estaba en situación de incapacidad temporal, y no es de extrañar que, vigente la Ley 15/2022, el número de pleitos aumente. Es más, es probable que la prohibición de discriminación por enfermedad obligue a reelaborar los argumentos que venían empleando los jueces y tribunales para permitir la declaración de no superación de la prueba de un trabajador en situación de incapacidad temporal.

La regla general que impone el ET es la interrupción del periodo de prueba. Pero, al igual que ocurre en el establecimiento del periodo de prueba, el ET prima al acuerdo mutuo de las partes, pues serán ellas quienes determinen si la situación de incapacidad temporal, u otras, como el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción, el acogimiento, el riesgo durante el embarazo, o durante la lactancia, o la violencia de género, interrumpen o no su cómputo.

4.2.3. Conclusiones parciales

A nuestro juicio, consideramos necesario hacer, en primer lugar, una modificación de la regulación de los requisitos formales necesarios para que tenga lugar la interrupción del periodo de prueba. Aunque no sea una

⁵¹ STS 12 diciembre 2008 (rec. 257/2009), FJ 2º, y por todas, por ejemplo, STSJ Madrid 5 abril 2010 (rec. 120/2012); STJS Andalucía, Granada, 12 julio 2012 (rec. 1148/2012).

cuestión vinculada estrechamente con la prohibición de discriminación, la forma en que se establece la interrupción del periodo de prueba dista de ser un verdadero acuerdo entre las partes y termina por someter al trabajador a la voluntad del empresario. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la fijación del periodo de prueba, que deberá constar de forma escrita siempre antes del inicio de la prestación laboral, la interrupción del periodo prueba no tiene por qué formalizarse por escrito y podrá decidirse en cualquier momento a lo largo del mismo⁵². Incluso hay tribunales que entienden posible la remisión al convenio colectivo de aplicación para declarar con carácter general la interrupción del periodo de prueba cuando el trabajador inicia una incapacidad temporal⁵³. Consideramos favorable que el legislador otorgue primacía a la voluntad de las partes, ya que de la interrupción del periodo de prueba ambas partes pueden encontrar ventajas e inconvenientes⁵⁴. Sin embargo, creemos indispensable que a la hora de fijar un acuerdo las posiciones trabajador-empresario deben quedar equilibradas. Ello puede lograrse equiparando el momento y la forma de su establecimiento al pacto general sobre el periodo de prueba, de modo que desde el primer momento la parte trabajadora tenga la certeza de si su computo quedará o no interrumpido en los casos previstos por la ley incluido la incapacidad temporal.

En segundo lugar, y no por ello menos importante, debemos estudiar las consecuencias que tiene la Ley 15/2022 en el régimen extintivo del periodo de prueba. Por el momento, podemos concluir que la situación de incapacidad temporal es presupuesto de la existencia de una enfermedad y, como regla general, si el empresario no puede justificar la resolución, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal será discriminatorio por razón de enfermedad. Estas garantías que están siendo aplicadas en caso de despidos trascurrido el periodo de prueba, no deberían quedar sin efecto durante dicho periodo de prueba y su aplicación debería quedar garantizada si quiere dotarse de coherencia y unidad al sistema jurídico de las relaciones laborales. Insistimos, además, en que el periodo de prueba de ninguna manera será pretexto para menoscabar los derechos del trabajador.

En este sentido, parece una consecuencia lógica que empiecen a

⁵² STS 5 noviembre 1986 (rec. 6274/1986).

⁵³ STSJ Islas Canarias 16 abril 2004 (rec. 48/2004): «por disposición del convenio colectivo aplicable, lo que hace innecesario por reiterativo, dada la eficacia erga omnes, directa y específica del convenio, el establecer expresamente en el contrato que la IT (incapacidad temporal), interrumpe el cómputo del período de prueba».

⁵⁴ M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *El régimen jurídico del periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Bomarzo, 2017, pp. 260-261.

encontrarse resoluciones que entienden que la decisión de no superación del periodo de prueba cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal es un indicio de discriminación *per se*, lo que requiere que el empresario aporte una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria, es decir, que explique por qué considera que el trabajador en cuestión no ha superado el periodo de prueba⁵⁵.

En tercer lugar, si en un procedimiento jurídico se está enjuiciando la posible discriminación en el desistimiento empresarial en periodo de prueba de un trabajador encontrándose éste en situación de incapacidad temporal, difícilmente podrá el empresario aludir a razones objetivas si el periodo de prueba quedó interrumpido y no ha tenido tiempo suficiente para conocer el grado de aptitud del trabajador. Entrar a valorar las razones que aporta el empresario para desactivar el carácter discriminatorio de su decisión comenzará por garantizar que éstas puedan ser efectivamente aportadas. Por eso, consideramos que la respuesta jurídica para hacer frente a las posibles discriminaciones en el periodo de prueba por razón de enfermedad comienza por hacer efectiva la finalidad del periodo de prueba, como se explicará más adelante.

Como consecuencia de lo expresado en el párrafo precedente, se evitaría la repetición de situaciones duramente criticadas por la doctrina, en las que se acusa al empresario de hacer un uso que puede ser abusivo de su facultad de desistimiento contractual en el periodo de prueba, y que a su vez priman la libertad de empresa frente a los derechos fundamentales⁵⁶. En concreto nos referimos a un supuesto en el que un trabajador tan solo realiza la prestación laboral durante unas horas y, sufre un accidente laboral por incumplimiento de medidas preventivas por parte de la empresa. Tras quedar en situación de incapacidad temporal, su contrato queda resuelto, aún sin contar el empresario con instrumentos que justifiquen la

⁵⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, 13 marzo 2024 (rec. 371/2024), FJ 5º: «De modo que la trabajadora fue despedida a los pocos días de iniciar la baja (esta lo fue el 24 de mayo de 2023 y el despido el 6 de junio de 2023) sin que resulte acreditado ningún hecho que pudiera motivar el despido disciplinario (no superar el periodo de prueba), no habiéndose intentado en el recurso por parte de la empresa dicha acreditación (al no haberlo establecido así la sentencia de instancia), por lo que no cabe sino concluir que el despido no fue sino una represalia o consecuencia de la situación de incapacidad temporal de la trabajadora, en cualquier caso lo anterior es un indicio relevante de discriminación por dicha circunstancia que correspondía a la empresa haberlo enervado conforme a las reglas de la carga de la prueba establecidas en los artículos 96.1 de la y 181.2 de la LRJS y al no haberlo hecho debe sufrir las consecuencias perjudiciales de su inactividad».

⁵⁶ M. NAVAS-PAREJO ALONSO, *Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 2, pp. 296-297.

inadecuación del trabajador a su puesto de trabajo, simplemente por una razón lógica de tiempo material⁵⁷. Desde nuestro punto de vista, existen diversos argumentos para construir una respuesta en sentido contrario a la que en ese momento hace el tribunal y declarar nula la decisión empresarial. Pero, con el marco normativo actual, en particular con la Ley 15/2022, consideramos conveniente no dar una respuesta particular y enfocada a cada caso concreto, sino ser capaces de garantizar el cumplimiento de esta ley sea cual sea el estado en que nos encontremos de la relación laboral. Inexcusablemente, esto implica asumir la obligación de dar cumplimiento tanto por el trabajador como por el empresario al objeto del periodo de prueba (art. 14.3 ET).

Excepcionalmente, en los casos en los que la incapacidad temporal sea de larga duración, o así se prevea, pueden quedar ambas partes excusadas de la obligación de dicho cumplimiento. En estos casos sí podría entenderse que existe una imposibilidad material que legitime la resolución contractual.

4.3. La ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: la difícil concreción de sus términos

4.3.1. Identidad de género o sexual, y expresión de género

Las causas de discriminación nuevas, dado que recientemente han sido reconocidas por la ley, cuentan con un breve desarrollo práctico y necesitan ser delimitadas y concretadas jurídicamente, lo cual se convierte en todo un reto para los operadores jurídicos. Este problema se torna aún más complejo si nos detenemos en las nociones de sexo y género, que venían siendo empleados como sinónimos intercambiables en el seno de los tribunales, así como por el legislador, generando aún más dificultades a la hora de individualizar cada uno de los términos⁵⁸.

La actitud tradicionalmente adoptada por nuestros tribunales contrasta con la sugerida por ciertos autores, en su mayoría mujeres, que en el ámbito de las ciencias sociales sí se habían preocupado desde tiempo atrás por diferenciar ambos conceptos. Para ello, en la década de 1970 se instituye el sistema sexo-género⁵⁹, que puede definirse de la siguiente manera: «Se

⁵⁷ STS 12 julio 2012 (rec. 2789/2012).

⁵⁸ S. HIDALGO GARCÍA, *Transsexualidad: sexo, género e identidad jurídica. LGTBIQ+ y la «Ley trans» de 2023*, Aranzadi, 2023, p. 164.

⁵⁹ G. RUBIN, *El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo*, en *Nueva Antropología*, 1986, n. 30.

entiende por género o sexo-género la construcción social de la diferencia sexual entre varones y mujeres. El concepto de género no cuestiona de ninguna fórmula las diferencias biológicas entre los dos sexos. Lo que sí niega es la traducción causal de las diferencias anatómicas en naturalezas sociales o caracteres distintos. Lo femenino y lo masculino son categorías sociales y la perspectiva del género invita a investigar cómo se construyen y cómo operan organizacionalmente estas definiciones»⁶⁰.

Basándose en tales definiciones, el TC en la STC 59/2008, de 14 de mayo, explica que si existe un trato discriminatorio hacia las mujeres no lo es por razón de su sexo, sino por el género; es decir, por la desigualdad asociada al primero. Sin embargo, la polémica sobre el significado que debe darse al sexo y al género, y por ende a la forma en que jurídicamente deben entenderse, lejos de haber concluido, está a la orden del día, acentuada por la presión ejercida por el colectivo LGTBI que reclama un mayor reconocimiento jurídico de sus derechos.

Reflejo de ello es la aprobación de la llamada Ley Trans, pues como puede leerse en su Exposición de motivos, tiene como finalidad: «desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad». Con todo, la confusión entre el término género y sexo aún no ha desaparecido y se mantiene vigente pues la regulación de estas nuevas realidades confiere significados diferentes a los que se venían dando desde el ámbito de las ciencias sociales y que habían adoptado nuestros tribunales, obligándoles ahora a definir y redefinir estos conceptos. Ya se ha alertado de que una de las consecuencias de la Ley Trans podría ser el negacionismo del sexo biológico⁶¹, pues si el sexo se venía considerando como un hecho biológico empíricamente apreciable, se apuesta ahora por sustituirlo por una noción vinculada a la subjetividad y la construcción de la identidad personal de cada individuo⁶², quedando relegado a un segundo plano su valor como un hecho natural contrastable: «Lo cierto es que al modificarse la mención del sexo, sobre bases que van más allá de lo biológico, aparentemente se está abriendo el

⁶⁰ A. DE MIGUEL ÁLVAREZ, *El conflicto de géneros en la tradición sociológica*, en *Sociológica*, 1996, n. 1, p. 137.

⁶¹ T. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El impacto del Proyecto de Ley Trans sobre las mujeres*, en E. BANDRÉS-GOLÁRAZ (coord.), *Feminismo en la línea del tiempo, desde la (in)visibilidades al concepto de felicidad*, Dykinson, 2023, p. 563.

⁶² V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ, *En torno a la distinción sexo-género en Judith Butler: impasses de una ruptura*, en *Eikasía*, 2023, n. 114.

registro no a la identificación de las personas por el sexo, sino por el género, es decir, parece que se está, permítaseme la expresión, abriendo el melón de las identidades de género a efectos registrales, cuando en realidad, si tal cuestión se valoraba, no me canso de insistir, a efectos de identificación de las personas, era simplemente como uno de los posibles requisitos, o sencillamente causas, para la modificación de la mención registral del sexo de éstas»⁶³.

Los problemas jurídicos que acarrea el afloramiento de términos que carecen de una definición unánimemente aceptada es innegable⁶⁴. Sorprende cómo adolece de coherencia entre sí la normativa antidiscriminatoria que aquí estamos comentando, pese a que tan solo trascurrieron siete meses entre la aprobación de un texto y otro. Mientras la Ley 15/2022 emplea el término de *identidad de género*, al igual que hizo la STC 67/2022, la Ley Trans se sirve del de *identidad sexual*, que define como la «vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer» (art. 3.1. Ley Trans).

Con el objeto de evitar en el futuro un probable debate, excesivamente teórico y complejo, en el seno de los tribunales sobre la concreción del significado de los términos como género, sexo, identidad sexual, identidad de género, etc. y que, a la postre, pudiese tener como resultado indeseado la no aplicación de la tutela antidiscriminatoria, se ha optado por añadir un término más: expresión de género. La Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, ya hacía uso del mismo. En concreto, lo hace en sus considerandos únicamente al mencionar la violencia que puede sufrir una persona por razón de su sexo, identidad o expresión de género, pero sin entrar a definir ningún concepto. Sí lo hace la Ley Trans, para la que la expresión de género es la «manifestación que cada persona hace de su identidad sexual», enfatizando el elemento externo de esta circunstancia⁶⁵, es decir, la

⁶³ S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.* p. 228.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ Y. CANO GALÁN, *Igualdad y no discriminación por razón de género, orientación sexual e identidad sexual en el derecho de la Unión Europea*, en M.E. CASAS BAAMONDE, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, R. GIL ALBURQUERQUE ET AL. (dirs.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, 2023, p. 465. En este mismo sentido la STC 67/2022, de 2 de junio, FJ 3.c), enumera diversas formas de externalizar la discrepancia entre el sexo y el género: «Modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación

manifestación entendida en el sentido de dar a conocer algo a otros. Pero no se centra tanto en el elemento interno, referido a la autoconcepción de cada persona que no tiene por qué ser expuesta, propio de la definición que esta misma ley hace de la identidad sexual.

Ante la diversidad de términos, creemos acertado el empleo de los que son omnicomprendivos, como es el caso de *persona trans*, ya que engloban todas aquellas realidades individuales en las que existe una discrepancia entre el sexo y el género de una persona⁶⁶. En última instancia, las personas trans son discriminadas por su género en la medida en que las imposiciones sociales y los prejuicios establecidos a su sexo limitan el desarrollo de su personalidad sin estereotipo alguno. Asimismo, la identidad de género o sexual ha adquirido categoría propia e independiente del género, lo cual es a todas luces beneficioso para su identificación y erradicación. De otra manera, si ambas categorías se hubieran incluido en la categoría género, las medidas antidiscriminatorias orientadas para la igualdad efectiva entre la mujer y hombre se hubiesen debilitado. En conclusión, no cabe duda de que esta categoría se refiere a las personas trans en sentido amplio, es decir, todas aquellas que no actúan conforme al comportamiento que se espera de ellos según el sistema sexo-género: los hombres de manera masculina, y las mujeres femeninas, y así lo manifiestan, quedando amparados bajo la categoría de discriminación por expresión de género.

4.3.2. Orientación sexual

En otro orden de cosas, la orientación sexual es otra categoría protegida por el derecho a no ser discriminado que goza de un elevado grado de aceptación social⁶⁷. Además, cuenta con una mayor tradición en el

registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona».

⁶⁶ Así lo hace la STC 67/2022, de 2 de junio, FJ 3.c): «Dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la identidad de género, se acude en esta resolución, a la expresión trans como denominación omnicomprendiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto entre esta y el sexo de la persona. [...] Acudir al término trans asume cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia variedad de situaciones (transsexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como otro)».

⁶⁷ Descartamos el término orientación de género pues de acuerdo con la nueva redacción del Código Civil tras ser reformado (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el

ordenamiento jurídico antidiscriminatorio que la identidad de género, cuyo reconocimiento expreso como causa de discriminación es mucho más tardío⁶⁸.

La UE fue pionera en esta labor, que se ha considerado como «uno de los grandes logros social, jurídico y cultural de los últimos tiempos en el desarrollo de los derechos antidiscriminatorios»⁶⁹. Cabe señalar que el derecho a la no discriminación se refería únicamente a la orientación sexual y no a otros conceptos relacionados con la diversidad sexual, como pudiesen ser la identidad sexual o de género, o la expresión de género. La sexualidad, entendida como las relaciones socioafectivas que se establecen entre las personas, en la sociedad occidental moderna ha estado históricamente jerarquizada, generando un sistema de opresión que segrega, criminaliza y somete a prejuicios a los homosexuales, así como a quienes ejerzan cualquier tipo de prácticas sexuales que no se ajusten a la heterosexualidad⁷⁰.

En la Directiva 2000/78, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (año 2000), el legislador comunitario se refería a la orientación sexual, concepto que paulatinamente se fue incorporando a las legislaciones de los Estados miembros, como por ejemplo el artículo 4 o 17 ET, la Ley 15/2022 y, finalmente, la Ley Trans que aquí estamos comentando. No obstante, la propia entidad de esta categoría y su recorrido histórico hubiesen sido suficientes para incluirla dentro del artículo 14 CE gracias a

Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), legaliza las uniones matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo, no género, de modo que el enfoque que jurídicamente adoptamos es desde las diferencias sexuales de las personas y las relaciones afectivas que establezcan entre ellas. No obstante, esta definición también puede adoptar diferentes perspectivas que limiten su alcance práctico. La amalgama de definiciones existentes en torno a los conceptos LGTBI no pasan por desapercibido en lo que concierne a la definición de orientación sexual, pues, por ejemplo, los principios de Yogyakarta enfatizan la atracción entre personas según su género. En cualquier caso, y dado que los principios de Yogyakarta carecen de valor jurídico, creemos adecuado emplear únicamente la definición contenida en la Ley Trans, que a su vez bebe del tratamiento que se ha dado a la orientación desde su reconocimiento como causa de discriminación en el derecho de la UE.

⁶⁸ Por esta razón no creemos conveniente que jurídicamente se haga uso de las siglas LGTBI, o LGTBIQ+, ya que se refiere conjuntamente a situaciones muy heterogéneas entre sí, por un lado, la orientación sexual y por otro la identidad de género o sexual, a la que jurídicamente se ha venido dando un trato diferenciado.

⁶⁹ A. RIVAS VAÑÓ, *Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, p. 65.

⁷⁰ G. RUBIN, *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, en C.S. CAROLES (comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Revolución, 1989.

la cláusula de apertura⁷¹. Por primera vez, la orientación aparece definida en esta última, en su artículo tercero, con las siguientes palabras: «Atracción física, sexual o afectiva hacia una persona. La orientación sexual puede ser heterosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas de distinto sexo; homosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas del mismo sexo; o bisexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva hacia personas de diferentes sexos, no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad. Las personas homosexuales pueden ser gais, si son hombres, o lesbianas, si son mujeres».

A su vez, las personas que quedan protegidas por tener una determinada orientación sexual forman un colectivo amplio y heterogéneo⁷², por lo que consideramos que lo verdaderamente útil a efectos de aplicar la tutela antidiscriminatoria es esbozar su definición en sentido negativo. Esto es, aglutinar bajo la causa de orientación sexual todas aquellas sexualidades que se oponen a la heterosexualidad imperante⁷³.

4.3.3. Conclusiones parciales

Una vez teorizado sobre la categorización de estos rasgos protegidos por el derecho antidiscriminatorio, identificaremos qué problemas se dan en la posible aplicación de la tutela correspondiente durante el periodo de prueba. A las dificultades terminológicas que se derivan de la definición de los conceptos de identidad sexual, expresión de género y orientación sexual, se suma la discrecionalidad que se reconoce al empresario para rescindir el contrato de trabajo sin causa alguna mientras se mantenga vigente este periodo.

En consecuencia, el sujeto discriminado tiene que, además de justificar que la decisión extintiva reposa sobre una intención discriminatoria, demostrar que pertenece a una de las categorías protegidas; tarea que puede resultar muy compleja, pues ya hemos visto que no se cuenta con una definición clara y generalmente aceptada que delimite su contenido. Ante la dificultad que esto entraña, los tribunales deben ser capaces de aplicar una doctrina lo más generalista posible, pues creemos que si algo tienen en común las personas trans, y las que tienen una orientación sexual distinta a

⁷¹ STC 93/2014, de 12 de junio; STC 176/2008, de 22 de diciembre; STC 67/2022, de 2 de junio.

⁷² A. RIVAS VAÑÓ, *op. cit.*, pp. 63-65.

⁷³ I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *La diversidad sexual como causa prohibida de discriminación laboral*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, n. 3, p. 91.

la heterosexualidad, es que son susceptibles de sufrir algún tipo de discriminación⁷⁴. Como hemos indicado, estas categorías muchas veces se reservan al fuero interno y subjetivo de una persona, razón por la que hemos propuesto el uso del término expresión de género, capaz de aglutinar en él la noción de identidad de género e identidad de sexo, así como a todas las personas trans. Además, difícilmente podrá apreciarse en sede judicial una discriminación si no hay un elemento externo que aporte indicios de que el agente discriminador, el empresario, conoce que en esta persona concurre alguna circunstancia protegida.

Para que una persona sea discriminada huelga recordar que no basta con pertenecer a una categoría protegida, ni que el agente discriminador sea conocedor de ello⁷⁵, sino que debe haber otros indicios que lleven al juzgador a pensar que ha sido su pertenencia a un grupo protegido el móvil de la decisión cuyo posible discriminatorio está siendo enjuiciada.

En materia de orientación sexual encontramos un mayor número de ejemplos en los que se ha apreciado discriminación, siempre que la orientación sexual sea conocida, exista algún conflicto entre las partes y haya algún tipo de conexión temporal entre la pertenencia a este colectivo y el acto discriminatorio enjuiciado, normalmente despido⁷⁶.

Por su parte, entre el escasísimo número de sentencias que abordan la discriminación de las personas trans en el trabajo destaca la ya citada STC 67/2022, que sirve como ejemplo paradigmático de esta materia, y que, para mayor abundamiento, califica un supuesto de no superación del periodo de prueba susceptible de discriminatoria. Adelantamos que el TC rechaza el amparo pretendido, pues la empresa es capaz de aportar razones sólidas que explican que el trabajador en cuestión no hubiese superado el periodo de prueba. En este caso, y a nuestro juicio, el tribunal, con una intención eminentemente práctica, considera a la apariencia en el modo de vestir de la persona como indicio para aplicar la garantía probatoria⁷⁷.

⁷⁴ S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, p. 163.

⁷⁵ STSJ Madrid 29 junio de 2007 (rec. 2252/2007), FJ 7º: «En ese sentido, como quiera que en hechos declarado probados el único dato que se refiere a la orientación sexual de la recurrente es que su homosexualidad fue comunicada por otra trabajadora al supervisor de su centro de trabajo, sin que conste referencia alguna a que tal circunstancia determinase ninguna reacción por parte de la empresa, ni diese a lugar a alguna medida laboral que pudiese vincularse al conocimiento de tal circunstancia, no parece posible apreciar la existencia de indicios de discriminación». En un sentido similar STSJ Cataluña 22 junio 2006 (rec. 1657/2006).

⁷⁶ STSJ Madrid 21 julio 2010 (rec. 1945/2010) o en sentido contrario STJS Andalucía, Málaga, 9 octubre 2014 (rec. 1221/2014).

⁷⁷ O. REQUENA MONTES, *Discriminación por razón de identidad de género y expresión de género: doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Noticias CIELO*, 2022, n. 11.

5. Extinción causal: la obligación de realizar las experiencias objeto de la prueba

En la redacción del artículo 14 ET, en el párrafo tercero de su apartado primero en concreto, puede leerse que «el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba». El objeto de la prueba puede entenderse como un experimento en el que el trabajador ha de demostrar un cierto grado de validez, el suficiente como para el empleador considere que se ha de estabilizar su relación laboral⁷⁸.

Sin embargo, en la actualidad, los jueces y tribunales que han ido interpretando el régimen jurídico del periodo de prueba para dar respuesta a las vicisitudes propias de la práctica laboral han relegado el cumplimiento de esta obligación a un plano secundario, en ocasiones incluso inexistente para ellos y omiten hacer alusión al mismo en el texto de sus resoluciones⁷⁹. En contraposición, se ha otorgado mayor peso a la facultad de resolución del contrato en el periodo de prueba a instancias del empresario, que se ha interpretado como un verdadero desistimiento libre y sin causa. Son reiteradas las resoluciones en las que se afirma que «El período de prueba 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 período 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»⁸⁰.

No obstante lo anterior, para parte de la doctrina académica, la voluntad empresarial de rescindir el contrato empresarial en el periodo de prueba reviste ciertas similitudes con la institución jurídica de despido, en sentido amplio que abarca a cualquier decisión de extinguir la relación laboral a instancias del empresario⁸¹. Por ende, como así sucede en nuestro ordenamiento jurídico con todo tipo de despidos, se requiere de una causa

⁷⁸ M. ALONSO OLEA, M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 2006, p. 320.

⁷⁹ M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁰ STS 2 abril 2007 (rec. 5013/2005), FJ 2º; STS 12 julio 2012 (rec. 2789/2011), y por todas.

⁸¹ A. BAYLOS GRAU, J. PÉREZ REY, *op. cit.*

justa y legítima que valide la decisión extintiva. Teniendo en cuenta que la finalidad del periodo de prueba es «facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado»⁸², puede haber una amplia variedad de situaciones que justifiquen la no idoneidad del trabajador y la no superación del periodo de prueba. Sin embargo, para que dichas causas no vulneren un derecho fundamental como es el derecho a no ser discriminado, y para dar cumplimiento a la finalidad del mismo, esta causa tiene que tener relación con la forma en que el trabajador en cuestión realiza la prestación laboral⁸³. En otras palabras, para esta parte de la doctrina, la prerrogativa que se concede al empresario de no comunicar en el momento de su decisión extintiva la causa que explica la no superación del periodo de prueba, no implica que no exista tal causa. Cuestión pacífica es que, como excepción particular del periodo de prueba y fruto de la agilidad que demanda su ejercicio, decaigan las exigencias formales que sí son necesarias para el resto de despidos.

Sin embargo, conviene señalar que esta doctrina no es unánime y, de otro lado, existen opiniones que abogan por entender que durante el periodo de prueba el empresario goza de una plena libertad de desistimiento, limitada, eso sí, por el respeto a los derechos constitucionales⁸⁴.

Adoptando la primera perspectiva, es decir, entendiendo la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba como una decisión causalizada, se consigue dotar de contenido y dar una verdadera a efectividad a la obligación del artículo 14.1 ET sobre la realización de las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. Si para que un empresario tome una decisión respecto de la superación o no del periodo de prueba ha de haberse efectivamente puesto a prueba al trabajador *ex* artículo 14.1 ET, implícitamente parece reconocerse que dicha decisión tiene que tener relación con el objeto del experimento que no es otro que analizar la forma en que el trabajador realiza la prestación laboral.

No obstante, otra cosa más compleja sería el cómo dotar de efectividad

⁸² STS 2 abril 2007 (rec. 5013/2005).

⁸³ G. BARREIRO GONZÁLEZ, *El periodo de prueba*, en Vv.AA., *El Estatuto de los Trabajadores. Tomo IV. Artículos 14 a 18*, Edersa, 1982, citado en M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 46; M. NAVAS-PAREJO ALONSO, *op. cit.*; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo: notas para un balance*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 27-30.

⁸⁴ A.L. DEL VAL TENA, *La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2, pp. 74-78, y M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *op. cit.*, p. 305.

a este apartado 14.1 ET, ya que el ET nada dice respecto a su cumplimiento ni sobre las consecuencias de su incumplimiento. Quizás esta sea la principal razón que explique la inobservancia generalizada hacia esta previsión legal⁸⁵.

Por el momento, el cumplimiento de esta obligación queda fundamentalmente limitado a aquellos casos en los que la viabilidad de la rescisión contractual esté sometida a examen judicial. Tras la demanda de un trabajador, para que el desistimiento empresarial sea válido, éste debe explicar la causa de su decisión, es decir, que hay indicadores reales, objetivos y suficientes que indiquen que el trabajador sometido a prueba no ha alcanzado el estándar requerido. Por lo tanto, esto parece conducirnos a pensar que el desistimiento empresarial en periodo de prueba ha de tener una causa, aunque la expresión de la misma no se venga exigiendo como regla general, y solo sea discutida mediando un procedimiento judicial. Como resultado de lo que acaba de exponerse, cabe preguntarse si no sería entonces la extinción contractual en periodo de prueba en todo caso una extinción causalizada, similar al despido, aunque con unos requisitos formales particulares, en lugar de un libre desistimiento⁸⁶.

Queremos dotar de relevancia a la causa de la resolución contractual en el periodo de prueba como un elemento constitutivo más de la decisión empresarial, aunque su externalización no sea necesaria. La causa otorga a un trabajador en riesgo de ser víctima de una discriminación la certeza de que su extinción no tiene un móvil discriminatorio. Dicha causa, en principio, podrá alegarse si previamente se ha dado cumplimiento al objeto del periodo de prueba.

El interés que muestra el legislador en ampliar el derecho a no ser discriminado, y en identificar colectivos vulnerables señala un alto grado de compromiso y conciencia social, que puede traer beneficios para los grupos sociales en riesgo de exclusión social y marginación. Ahora bien, a nuestro parecer, la configuración de un régimen jurídico que garantice la inclusión de todas las personas en el mercado de trabajo, incluidas aquellas que por sus circunstancias tienen más posibilidades de ser discriminadas, no debería limitarse a reconocerlas como grupo protegido. El primer paso es su identificación como tal, pero también es necesario que el régimen jurídico de la relación laboral favorezca la no perpetuación de actitudes discriminatorias y se superen así las opacidades en este régimen que han favorecido, desgraciadamente, a que algunos grupos de trabajadores aún posean unas limitadas oportunidades de desarrollo profesional.

⁸⁵ M. ALONSO OLEA, M. E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*

⁸⁶ O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *op. cit.*

6. Conclusiones finales

Las conclusiones finales de este trabajo se orientan en dos direcciones. Por un lado, en la valoración que hacemos de la expansión de la regulación del derecho a no ser discriminado; por otro, en el impacto que ello genera en el régimen jurídico del periodo de prueba, especialmente en lo que concierne a su régimen extintivo.

En un intento del legislador por alcanzar la igualdad efectiva y general, los colectivos protegidos por este derecho han sido ampliados. Como muestra de ello, se ha aprobado una ley general, transversal y de garantías que desarrolla los elementos nucleares del derecho a la no discriminación, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Además, para el refuerzo del cumplimiento de los derechos de las personas LGTBI, se ha aprobado la 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Aunque en términos generales la entrada en vigor de estos textos supone un claro avance en materia de derechos sociales, también ha supuesto un aumento del grado de inseguridad jurídica. Ello se debe a que algunos de los rasgos a los que se refieren no están concretados por el legislador, recayendo sobre la práctica judicial que, como resultado de la actividad procesal, será quien vaya delimitando algunos conceptos como la diferencia entre identidad de género e identidad sexual, o qué se debe considerar como enfermedad a efectos de aplicar la tutela antidiscriminatoria.

Con todo, las relaciones laborales se ven afectadas por estos cambios, y, por consiguiente, también el periodo de prueba. En principio, mientras el mismo se mantenga vigente, siempre que su constitución se ajuste a las formalidades previstas, el empresario no tendrá que aludir a la causa que le lleva a rescindir del contrato de trabajo del trabajador en prueba. Sin embargo, a nuestro modo de ver, dicha causa existe y en todo caso debe ser real, objetiva y legítima. En efecto, su existencia queda demostrada cuando en sede judicial se exige que la misma sea efectivamente alegada para convalidar la decisión empresarial cuando se le acusa de vulnerar derechos fundamentales. La opacidad que caracteriza a la decisión de terminar el contrato de trabajo que está en periodo de prueba favorece que se produzcan vulneraciones de derechos fundamentales, y, por esta razón proponemos dar mayor relevancia a su expresión también en el periodo de prueba, al igual que ocurre con el resto de despidos. De esta manera, la obligación contenida en el artículo 14 ET, que exige la realización de las

experiencias que constituyan el objeto de prueba, se cumpliría. Asimismo, se garantizaría que las decisiones empresariales no respondiesen a móviles discriminatorios. Ahora quienes se ven afectados por una situación discriminatoria en la resolución del contrato en periodo de prueba deben aportar unos indicios suficientes, indicios que a veces son complicados de constituir, sobre todo ante la falta de criterios unánimes en relación con la definición de las causas nuevas de discriminación de reciente reconocimiento jurídico.

7. Bibliografía

- ALONSO OLEA M., CASAS BAAMONDE M.E. (2006), *Derecho del Trabajo*, Civitas
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*El problema de la discriminación inversa: ¿Es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?*](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 187-209
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución*](#), en *Temas Laborales*, n. 165, pp. 87-120
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ T. (2023), *El impacto del Proyecto de Ley Trans sobre las mujeres*, en E. BANDRÉS-GOLÁRAZ (coord.), [*Feminismo en la línea del tiempo, desde la \(in\)visibilidades al concepto de felicidad*](#), Dykinson
- ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2022), [*La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación*](#), en *Temas Laborales*, n. 165, pp. 151-182
- ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2017), *El régimen jurídico del periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Bomarzo
- BALLESTER PASTOR I. (2023), *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- BALLESTER PASTOR M.A. (1995), *El periodo de prueba*, Tirant lo Blanch
- BARREIRO GONZÁLEZ G. (1982), *El periodo de prueba*, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores. Tomo IV. Artículos 14 a 18*, Edersa
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., MORONDO TARAMUNDI D. (2011), [*Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*](#), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 45, pp. 15-42
- BAYLOS GRAU A., PÉREZ REY J. (2009), *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta
- CANO GALÁN Y. (2023), *Igualdad y no discriminación por razón de género, orientación*

- sexual e identidad sexual en el derecho de la Unión Europea*, en M.E. CASAS BAAMONDE, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, R. GIL ALBURQUERQUE, A. GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A.V. SEMPERE NAVARRO (dirs.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE C. (2004), *Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la Drittwirkung*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 61, pp. 155-220
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F. (2009), *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, n. 98, pp. 11-57
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O. (2014), *El periodo de prueba en el contrato de trabajo: notas para un balance*, Tirant lo Blanch
- GÓMEZ FERNÁNDEZ I. (2018), *La diversidad sexual como causa prohibida de discriminación laboral*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, pp. 89-120
- GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V., *En torno a la distinción sexo-género en Judith Butler: impasses de una ruptura*, en *Eikasía*, 2023, n. 114, pp. 213-228
- GOÑI SEIN J.L. (2022), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad*, en *Revista Justicia & Trabajo*, n. 1, pp. 5-27
- GORDO GONZÁLEZ L. (2023), *Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo*, en *Labos*, n. 4, pp. 103-121
- HIDALGO GARCÍA S. (2023), *Transsexualidad: sexo, género e identidad jurídica. LGTBIQ+ y la «Ley trans» de 2023*, Aranzadi
- LÓPEZ ÁLVAREZ M.J. (2022), *La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español*, en *Femeris*, n. 2, pp. 64-85
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2021), *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo
- MARTÍN VALVERDE A. (1995), *El artículo 14. Periodo de prueba*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. SERRANO FALCÓN (dirs.), *El nuevo Estatuto jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares
- DE MIGUEL ÁLVAREZ A. (1996), *El conflicto de géneros en la tradición sociológica*, en *Sociológica*, n. 1, pp. 125-147
- NAVAS-PAREJO ALONSO M. (2013), *Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas*, en *Aranzadi Social*, n. 2, pp. 281-303
- PÉREZ LUÑO A.E. (2007), *Los derechos fundamentales*, Tecnos

- PÉREZ DEL PRADO D. (2014), *La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección*, en *Revista de Información Laboral*, n. 1, pp. 171-195
- REQUENA MONTES O. (2022), *Discriminación por razón de identidad de género y expresión de género: doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Noticias CIELO*, n. 11
- REY MARTÍNEZ F. (2019), *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi
- RIVAS VAÑÓ A. (2022), *Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España*, en MORALES ORTEGA J.L. (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2021), *La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional*, en E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch
- RUBIN G. (1989), *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, en C.S. CAROLES (comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Revolución
- RUBIN G. (1986), *El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo*, en *Nueva Antropología*, n. 30, pp. 95-145
- SOLÀ MONELLIS X. (2020), *La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 13-38
- DEL VAL TENA A.L. (2021), *La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 2, pp. 56-98

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

