



---

# Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

LA DESIGNACIÓN DE TRABAJADORES EN EL DESPIDO POR  
CAUSAS EMPRESARIALES.

EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

Presentado por:

**Paula Prieto Ramos**

Tutelado por:

**Milagros Alonso Bravo**

*Valladolid, octubre 2021*

## **ABREVIATURAS**

Art (s): Artículos(s)

BOE: Boletín oficial del estado

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

LO: Ley orgánica

LOI: ley orgánica de igualdad

LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social

Núm.: Número

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RD: Real Decreto

RD 1483/2012: Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

Rec: Recurso

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TRLET: Texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal superior de justicia

## **RESUMEN**

En el despido por causas empresariales, la designación de los trabajadores ha de cumplir unos requisitos legales y constitucionales dentro de un procedimiento fijado con límites. La polémica se genera cuando nos encontramos ante el despido de la trabajadora embarazada, debido a que la prohibición de despido no es absoluta y el mito de que no puede ser despedida es incorrecto, pese a ser un colectivo especialmente protegido, por la normativa y la jurisprudencia.

En el presente trabajo se analiza tanto la normativa, como la jurisprudencia nacional y comunitaria, para descubrir si los medios de protección de los que dispone la trabajadora embarazada frente al despido son suficientes o si son necesarias reformas para conseguir una protección e igualdad plena y efectiva en el ámbito laboral.

## **PALABRAS CLAVE**

Trabajadora embarazada, despido, causas empresariales, prioridad de permanencia, embarazo, discriminación, nulidad objetiva, tutela.

## **ABSTRACT**

In dismissal for business reasons, the appointment of workers must comply with legal and constitutional requirements within a procedure set with limits. The controversy arises when we are faced with the dismissal of pregnant workers, because the prohibition of dismissal is not absolute and the myth that they cannot be dismissed is incorrect, despite being a specially protected group, by law and jurisprudence.

This paper analyzes both the regulations and the EU and national case law to find out whether the means of protection available to pregnant workers against dismissal are sufficient or whether reforms are necessary to achieve full and effective protection and equality in the workplace.

## **KEYWORDS**

Pregnant worker, dismissal, business causes, permanence priority, pregnancy, discrimination, objective nullity invalidity, guardianship.

## INDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	5
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO DEL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES.....	6
3. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES: SUS LIMITES.....	8
3.1 Prioridades de permanencia en la empresa.....	9
3.1.1 <i>Prioridad de permanencia de los representantes legales</i> .....	10
3.1.2 <i>Prioridad de permanencia prevista en convenio colectivo o acuerdos de consultas</i> .....	12
3.2 Derecho de los trabajadores y empresarios en el marco del contrato.....	13
4. LA SITUACIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES. ....	16
4.1 Introducción .....	16
4.2 Marco normativo.....	19
4.3 Evolución jurisprudencial nacional hasta la actualidad.....	25
4.4 Caso Porras Guisado y pronunciamiento del TJUE.....	38
4.5 Especial protección de la mujer embarazada en periodo de prueba. ....	48
4.6 La corrección normativa a través del RDL 6/2019 .....	52
5. CONCLUSIONES .....	58
6. BIBLIOGRAFÍA.....	61

## 1. INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo en el ámbito laboral y en muchos otros se han ido aprobando y modificando numerosas leyes que buscan la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en especial y en relación con este trabajo se busca la protección de la trabajadora embarazada. Pese a que nuestra Constitución consagra el principio de igualdad entre hombres y mujeres, la desigualdad todavía está presente sobre todo en el ámbito laboral.

En el presente trabajo se pretende analizar si la protección de la que gozan las trabajadoras embarazadas es suficiente frente al despido por causas empresariales o si por el contrario sería necesaria una mayor protección para conseguir la igualdad efectiva y plena.

El estado de gestación provoca una gran vulnerabilidad en el mundo laboral, ya que la actividad laboral puede afectar a la salud tanto de la trabajadora como de su hijo. Además, algunos empresarios suelen considerar a estos colectivos como menos eficientes y por ello, terminan siendo las afectadas en los despidos por causas empresariales. Por esta razón, este colectivo precisa de una protección diferenciada de la genérica para los trabajadores ordinarios.

La legislación comienza de forma muy reducida a ocuparse de la protección a la maternidad en el S.XX, pero no es hasta la incorporación de España en la UE que se empiezan a introducir verdaderas normas sobre la protección de la maternidad desde un punto de vista de igualdad entre hombres y mujeres. Esas normas, muchas veces son derivadas de forma directa de la transposición de las directivas europeas sobre la tutela de la trabajadora embarazada.

La discriminación que sufre la mujer es un tema de actualidad, en este trabajo se analizará si la trabajadora embarazada sigue sufriendo discriminación frente al resto de trabajadores ordinarios en los supuestos de despido por causas empresariales.

Se busca conocer si el problema de la discriminación es un tema que merece más atención por parte de los gobiernos o si por el contrario la normativa nacional y europea es suficiente para garantizar la igualdad de la trabajadora embarazada frente al resto de trabajadores.

## **2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO DEL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES.**

El despido por causas empresariales se regula en el Estatuto de los Trabajadores, texto modificado en varias ocasiones, actualmente recogido por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En el artículo 49 i), regula una de las formas de extinción del contrato que es el despido fundado en causas económicas, técnicas organizativas o de producción, pero dependiendo si estamos ante un despido individual o uno colectivo se seguirán unos procedimientos u otros, como reflejan los artículos 51 a 53 del ET.

El despido por causas empresariales recogido en el art 51 y 52 ET<sup>1</sup>, junto con el Real Decreto 1483/2012, <sup>2</sup>de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, contemplan dos tipos de despidos uno por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y el otro por causa de fuerza mayor.

En el ámbito procesal, se regula por medio de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en su artículo 124.

Este precepto tuvo que adaptarse a la normativa comunitaria, tras la incorporación de España a la UE en 1986, bajo la directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, transpuesta en el RD 1483/2012.

El despido por causas empresariales no siempre se ha mantenido regulado de la misma forma<sup>3</sup>, tras las reformas se modifican los artículos 51 y 52 ET, siendo un instrumento ágil y eficaz, que pretende fortalecer las facultades del empresario, permitiéndole adaptarse al mercado en situaciones de pérdidas y justificar una regulación de empleo.

Dentro del tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>4</sup>, actualmente TFUE, destacan los artículos 115 y 151 que hacen referencia a la política social, base de la regulación en el derecho comunitario, debido a la competencia compartida entre la Unión y los estados miembros.

---

<sup>1</sup> Real decreto legislativo 2 / 2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre de 2015)

<sup>2</sup> BOE de 30 de octubre de 2012

<sup>3</sup> Especialmente con las dos últimas reformas laborales de 2010 y 2012

<sup>4</sup> TFUE (tratado de funcionamiento de la unión europea) en los artículos 115 y 151

El convenio núm. 158 de la OIT de 1982<sup>5</sup>, recoge la consulta a los representantes de los trabajadores y la notificación a la Autoridad competente en el caso de despidos por causas económicas, tecnológicas o estructurales, donde se da la posibilidad de que las legislaciones nacionales limiten en el número de trabajadores afectados.

En el despido como acción empresarial, el Tribunal de Justicia<sup>6</sup> hace algunas matizaciones, ya que la Directiva 98/59 no define expresamente el concepto, pero debe entenderse como cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y sin su consentimiento.

La clave según la STJUE 2015<sup>7</sup> está en la existencia del consentimiento del trabajador, ya que el despido acordado por el empresario sin su consentimiento, junto con otros requisitos legales da lugar al despido colectivo.

Se entiende por despido colectivo, la extinción de contratos de trabajo basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre y cuando afecte en un periodo de 90 días al menos a 10 trabajadores en las empresas de menos de 100 trabajadores, el 10% de los trabajadores en las empresas de entre 100 y 300 trabajadores o 30 trabajadores en las empresas con más de 300 trabajadores.<sup>8</sup>

Esta noción de despido colectivo procede de la directiva 98/59/CE, para que los hechos sean calificados como tal, deben de existir dos elementos: el elemento causal y el numérico o temporal, es decir el número de las extinciones individuales en un determinado periodo<sup>9</sup>.

La STC 8/2015 rechaza que la vigente definición de las causas del despido colectivo vulnere el derecho a no ser despedido sin una justa causa, o el derecho a un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE), siendo necesario la aplicación de la prueba de proporcionalidad, ya que la desproporción conducirá a la declaración de que el despido colectivo no es ajustado a Derecho.

---

<sup>5</sup> Convenio sobre la terminación de las relaciones de trabajo

<sup>6</sup> La decisión del empresario plantea problemas sobre la imputación como decisión propia o mera iniciativa para que opere la decisión del propio trabajador. STJ en los casos Comisión contra Italia (C32/02) y Akavan (C44/08)

<sup>7</sup> (C422/14)

<sup>8</sup> Artículo 51 ET

<sup>9</sup> Requisitos recogidos en el 1º, 4º, 5º y 6º párrafo del artículo 51.1 ET, son normas imperativas, inmodificable por la negociación colectiva.

El elemento objetivo más importante y el eje central del despido colectivo es la causa, en la cual el empresario se justifica para reducir la plantilla<sup>10</sup>.

Todo ello se refleja en virtud del artículo 51.1 ET, el despido por causas empresariales se fundamenta en causas económicas<sup>11</sup>, técnicas<sup>12</sup>, organizativas<sup>13</sup> o de producción<sup>14</sup>, por lo tanto, se debe conocer si estamos ante las causas estructurales o si son las causas coyunturales de los ERTE, se encomienda esta cuestión a la dirección de la empresa para tratar de evitar que se incurra en abuso del derecho o fraude de ley.

### **3. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES: SUS LIMITES.**

La selección de aquellos trabajadores que se ven afectados en un despido por causas empresariales es una cuestión que se plantea el legislador, y que se plasma en la normativa. Se parte de la libertad de empresa donde los criterios de selección corresponden al empresario, dentro de un límite y siguiendo un procedimiento legal, evitando así que pueda incurrir en arbitrariedad o discriminación, así como el fraude de ley o abuso de derecho<sup>15</sup>.

Los límites que determinan la decisión empresarial y el ámbito de las facultades del empresario son los legales y constitucionales de respeto hacia los derechos fundamentales de los trabajadores, que busca proteger al trabajador frente abusos, además de aquellos que se hayan pactado en el convenio colectivo o con los representantes de los trabajadores en

---

<sup>10</sup> La medida extintiva se ha de adecuar a la prueba de <<proporcionalidad>>, <<adecuación>>, idoneidad de la medida y <<ponderando>> todos los derechos y circunstancias. (SSTS 15 DE ABRIL DE 2014; 20 OCTUBRE DE 2015)

<sup>11</sup> Causas económicas: cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, con pérdidas actuales o previstas, o con una disminución de ingresos ordinarios persistente de al menos tres trimestres consecutivos, en comparación con el año anterior. Las causas han de ser reales, razonables y con la entidad suficiente para justificar la decisión extintiva, ponderándose bajo criterio de razonabilidad y proporcionalidad

<sup>12</sup> Causas técnicas: cuando se den cambios en los medios o instrumentos de producción. Esa ineficiencia de los medios justifica los cambios en la empresa y la necesidad de extinción de contratos de trabajo.

<sup>13</sup> Causas organizativas: cuando se dan cambios en los sistemas o métodos de trabajo y organización personal y de producción. Se refiere a la organización de los factores de producción en la empresa para lograr la eficacia productiva de la misma.

<sup>14</sup> Causas productivas; cuando se den cambios en la demanda de productos y servicios de la empresa en el mercado, generando una alteración en el equilibrio de la producción y un desajuste empresarial. En esta no se requiere esa duración o persistencia al poder aparecer entremezclada con otras causas.

<sup>15</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (sala de lo social) 16 de marzo 1992

periodo de consultas recogidos como criterios en la memoria. Ya que cuando no se siguen estos criterios acordados se incurre en una selección arbitraria e injustificada <sup>16</sup>.

Los criterios de designación de trabajadores actúan como presupuesto de la adecuada justificación de la decisión extintiva desde el punto de vista causal, como afirma la doctrina<sup>17</sup>, ya que el legislador ha identificado la concurrencia de la causa con la comprobación de los hechos que permitan ajustar la plantilla en la empresa.

### **3.1 Prioridades de permanencia en la empresa**

La selección de los trabajadores afectados debe respetar las reglas de prioridad de permanencia que implican que determinados colectivos tienen prioridad para permanecer en la empresa, y no pueden verse afectados por el despido colectivo, siendo este el límite principal y efectivo sobre la libertad de empresa y por lo tanto sobre la facultad del empresario.

Supone una garantía legal en relación con la extinción de sus contratos de trabajo en un despido por causas empresariales, en nuestro caso el privilegio legal está otorgado a los representantes de los trabajadores, no mencionándose expresamente a otros colectivos, aunque se cede la posibilidad de establecer la prioridad de permanencia mediante convenio colectivo o acuerdo en el periodo de consultas, se trata de una dinámica que permite proteger a colectivos de trabajadores sin protección legal.

Para la decisión de afectación de los trabajadores en el despido se han de mover entre dos parámetros, por un lado, unos máximos donde se encuentra la libertad del empresario, que deberá especificar los criterios objetivos y razonables tenidos en cuenta para tomar la decisión y otros mínimos de respeto de los derechos laborales regulados en la legislación.

La ley no establece un listado claro y determinante de criterios, precisa que “no puede decidirse de forma aislada, sino que han de examinarse en su conjunto la información proporcionada y teniendo en cuenta las circunstancias”.

---

<sup>16</sup> TSJ navarra, sala de los social 11/2014 .rec 345/2013

<sup>17</sup> Especialmente ilustrativas al respecto son: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 601/2012, de 25 de junio (AS 2012\1773), Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 91/2012, de 26 de Julio (Rec. 124/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 112/2012, de 15 de octubre (Proc. 162/2012), entre otras muchas.

Tanto la directiva 98/59<sup>18</sup> como el art 51.2 ET obligan al empresario a proporcionar en el periodo de consultas, a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral toda la información por escrito y los aspectos relativos a las medidas extintivas que se pretenden adoptar y no solo las causas justificativas.<sup>19</sup> Es decir, se debe aportar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados además de los criterios “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”.<sup>20 21</sup>

### 3.1.1 *Prioridad de permanencia de los representantes legales*

Mediante este criterio se otorga prioridad y protección a los representantes legales<sup>22</sup> de los trabajadores, los delegados de personal, miembros del comité de empresa y delegados sindicales en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas es decir en los supuestos de despido colectivo y despido por causas objetivas o empresariales.<sup>23</sup>

El artículo 13 del RD 1483/2012 al igual que el art. 51.5 ET establecen la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores en los procedimientos de despido empresarial, conforme al art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical<sup>24</sup>, que amplía la garantía para los delegados sindicales en los casos en que no formen parte del comité de empresa; así como la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que extiende la prioridad de permanencia a los delegados de prevención en su art. 37.1 y art. 30.4 ampliando las garantías del art. 68 ET, señala expresamente que los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio como consecuencia del ejercicio de sus tareas de prevención.

---

<sup>18</sup> Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

<sup>19</sup> Se debe cumplir con el principio de plenitud informativa al que debe atenerse el empresario en el periodo de consultas.

<sup>20</sup> La ausencia de consignación de tales criterios en la comunicación que el empresario remite a los representantes legales de los trabajadores determina la nulidad del despido colectivo. Vid., STS, Sala Social, de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2778).

<sup>21</sup> La STS de 25 de mayo de 2014 recoge que no basta con listado de los trabajadores afectado por el despido colectivo, sino que priman los criterios de selección de los afectados del mismo.

<sup>22</sup> Artículo 13 del real decreto 1483/2012

<sup>23</sup> La magistrada M.<sup>a</sup> Carolina San Martín Mazzucconi, caso Panda Security: “el único colectivo con prioridad de permanencia contemplada legalmente es el de los representantes legales de los trabajadores (art. 51.7 ET interpretando que “lo cierto es que en ningún caso se trata de quien esté en situación de embarazo o con su jornada reducida por guarda legal quede blindado frente al despido...”

<sup>24</sup> Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985, páginas 25119 a 25123)

Se puede decir que forma parte de la discriminación positiva del artículo 17.1 del ET, en virtud de la estabilidad y la “protección a las funciones” necesarias para llevar a cabo la función representativa.

Los representantes de los trabajadores estarán presentes en la negociación del despido colectivo, por lo que esta protección les dará más libertad para poder efectuar cualquier medida oportuna para proteger y salvaguardar los derechos fundamentales del resto de los trabajadores afectados.

Pretende evitar con carácter preventivo las posibles discriminaciones y abusos en los que el empresario puede incurrir en caso de seleccionar trabajadores basándose en el poder empresarial.

La prioridad se aplica con independencia de que en el período de consultas se haya alcanzado acuerdo o no, y de cuando se lleve a cabo la extinción de la relación laboral, por lo que se mantiene durante la vigencia del mandato representativo e incluso en caso de su cese<sup>25</sup>.

Hay que diferenciar la prioridad de permanencia que se ejercita mientras el representante está en activo, de aquella que extiende sus efectos a las decisiones empresariales tomadas incluso durante el año posterior a su cese de funciones representativas. Aunque ambas tratan de garantizar la independencia del representante de los trabajadores en sus funciones, la primera se concede frente a los despidos o extinciones contractuales fundadas en causas objetivas, mientras que la segunda se da frente a los despidos motivados por causas subjetivas y disciplinarias.

A efectos de examinar si se ha vulnerado el derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, no es la pertenencia a la misma categoría profesional o grupo, sino que existan puestos de trabajo en los que por existir homogeneidad puedan ser desempeñados por los representantes de los trabajadores o como señala en varias sentencias que «*exista otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente al afectado y por tanto intercambiable*»<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> El derecho de prioridad de permanencia del representante se mantiene durante el tiempo de la representación, y no durante el año siguiente (STS 16 septiembre 2012)

<sup>26</sup> STSJ Cataluña n.º 6436/2011, de 13 de octubre de 2011, ECLI:ES:TSJCAT:2011:10300 y STSJ Cantabria n.º 565/2013, de 18 de julio de 2013, ECLI:ES:TSJCAT:2011:10300.

Cuando existen más de un trabajador con garantía de prioridad de permanencia y sólo hay un puesto de trabajo que reúna los requisitos de idoneidad, deberá ser el empresario quien decida el trabajador que conservará su puesto de trabajo, en virtud de sus facultades.

La referencia del precepto que señala que “salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos”<sup>27</sup> se refiere precisamente al hecho de que se podrán establecer otras garantías para los representantes que vayan más allá de las establecidas legalmente, pero no podrán en ningún caso restringirlas.

### 3.1.2 *Prioridad de permanencia prevista en convenio colectivo o acuerdos de consultas*

No se menciona expresamente ningún otro colectivo que goce de dicha protección legal. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Europeo, se concede expresamente garantía de prioridad de permanencia a colectivos especialmente sensibles en el ámbito de trabajadores.

Se cuestiona si existe o no prioridad por ejemplo en el caso de trabajadores que son parte de una familia numerosa y tienen cargas familiares, personas dependientes, mayores de edad o personas con discapacidad, entre otros. Hay trabajadores que debido a sus circunstancias personales o familiares son más vulnerables, ya que se les limita o dificulta la reincorporación al mundo laboral.

Esto supone que, aunque no tengan garantía de permanencia expresa en la ley, deben ser protegidos. Este criterio se recoge en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada en el artículo 13.2.<sup>28</sup>

En el caso de trabajadores que son parte de una familia numerosa, la Ley 40/2003<sup>29</sup> delega en la negociación colectiva el establecimiento de estas preferencias y la doctrina jurisprudencial actualmente niega la existencia de una prioridad de permanencia legal.

Un caso controvertido es la situación de personas discapacitadas, no viene establecida de forma legal la preferencia, pero si se entiende que existe un derecho de exclusión frente al resto de trabajadores afectado. El legislador confiere la posibilidad de que, mediante

---

<sup>27</sup> El art. 68 apartado b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) señala: “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: [...]”

<sup>28</sup> Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Publicado en BOE número 261, de 30 de octubre de 2012

<sup>29</sup> Ley 40 /2003 de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas

convenio colectivo, estatutario o extraestatutario ante la falta de acuerdo, se establezca la prioridad de permanencia de trabajadores con discapacidad, pero la naturaleza es de carácter temporal y sujeta a negociación, lo cual dificulta su aplicación efectiva.

Mediante la jurisprudencia se ha admitido la existencia de una preferencia indirecta que se concretaría en la obligación de la empresa de respetar en la nueva plantilla tras el despido como medida de discriminación positiva, un mínimo de trabajadores con discapacidad, lo cual está previsto en el art. 42 RDLeg 1/2013, que impone la obligación de las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores, a que el 2%, al menos, sean trabajadores con discapacidad. No significa una preferencia absoluta, puesto que el cumplimiento de la obligación de reserva de puestos de trabajo puede hacerse efectiva mediante otras vías distintas al mantenimiento del contrato del trabajador discapacitado.

El art 142 LRJS fija la nulidad del despido “cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET”. Se debe de proporcionar la valoración realizada para aplicar los criterios de selección, siendo inválida una mera enumeración o listado de circunstancias.

### **3.2 Derecho de los trabajadores y empresarios en el marco del contrato.**

La facultad del empresario para designar cuales son los trabajadores afectados por el despido se encuentra dentro de las facultades organizativas de la libertad de empresa del artículo 38 CE <sup>30</sup>, aunque este derecho no es absoluto, ya que esta libertad se podrá ver restringida con límites como los derivados de las reglas de proporcionalidad y razonabilidad de los criterios, la prioridad de permanencia a favor de determinados colectivos, que aun así no afectan de forma totalmente negativa a la libertad de empresa como afirma el TC<sup>31</sup>.

Como vemos uno de los poderes principales del empresario es el *ius variandi*, en el artículo 39 ET, que se define como “la facultad de alterar la prestación convenida o cualquiera de las condiciones de trabajo que la definen y delimitan”,<sup>32</sup> al que se suman los poderes extraordinarios de los artículos 40 y 41 del ET<sup>33</sup>. El empresario tendrá la libertad de poder

---

<sup>30</sup> Artículo 38 CE: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

<sup>31</sup> Sentencia del TC 127/1994 de 5 mayo

<sup>32</sup> Molero Manglano, C., Sánchez-Cervera Valdés, J.M., López Álvarez, M.J., Díaz-Caneja, A., Manual de derecho del trabajo. Tirant lo Blanch, Madrid, 2017, p. 336

<sup>33</sup> Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

modificar el contenido de los contratos laborales de sus trabajadores, sin incurrir en arbitrariedad.

La designación de los trabajadores afectados por un despido por causas empresariales debe de estar vinculada con la causa objetiva que la empresa determine en la comunicación inicial y en todo caso respetando los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores.

Los trabajadores para su protección cuentan con derechos constitucionales que le son atribuidos con carácter general a los ciudadanos, así como derivados de la relación jurídica laboral, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la libertad ideológica y religiosa, la intimidad personal y la propia imagen, entre otros. El respeto de estos límites determina la regularidad del ejercicio del poder.

Para este trabajo cobra especial importancia el artículo 14 de la CE<sup>34</sup> y el artículo 17 del ET<sup>35</sup>, es decir el derecho a la igualdad y a la no discriminación pieza clave en torno a la cual gira el trabajo.

La libertad del empresario debe ponderarse en relación con los derechos de los trabajadores de carácter social, como el derecho al trabajo (art. 35 CE) y a no ser despedido sin justa causa, así como los derechos representativos y la libertad sindical (art. 28.1 CE).

Pese a estos criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido por causas empresariales, hay algunas situaciones que gozan legalmente de especial protección, por ejemplo, aquellas que suponen una declaración de nulidad automática, siendo un límite al empresario al no respetar los derechos fundamentales del trabajador, reguladas en el artículo 53.4 ET:

“Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”.

“Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante

---

<sup>34</sup> Artículo 14. 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.

<sup>35</sup> Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales

el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos de los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia en el artículo 46.3; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o del menor.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.”

En este caso nos vamos a centrar en la situación de la mujer embarazada en el marco del despido por causas empresariales que es la cuestión principal que nos planteamos en este trabajo, ya que, pese a los numerosos avances obtenidos a lo largo de los siglos, no se ha conseguido la plena igualdad de los derechos de mujeres y hombres, especialmente en el ámbito laboral.

Numerosas cuestiones ante los tribunales y sus consecuentes sentencias ponen de manifiesto que todavía nos encontramos con situaciones de discriminación por razón de sexo hacia la mujer en las empresas, por su condición y circunstancias como la maternidad, lactancia, baja maternal entre otras.

En la discriminación por embarazo o maternidad son más de 60.000 mujeres al año las que pierden su empleo “En España, el TS sostiene que cualquier perjuicio laboral por embarazo y baja por maternidad constituyen una discriminación directa por razón de sexo”, sin embargo, comprobaremos si es suficiente o no con toda la normativa existente para llegar al resultado de protección a la mujer embarazada que se requiere.

## 4. LA SITUACIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES.

### 4.1 Introducción

La diferencia biológica entre hombre y mujer es un hecho incuestionable. Estas diferencias hormonales, anatómicas y genéticas implican en algunos casos cierta sensibilidad o riesgo laboral por razón de sexo.

La situación de la mujer en el mercado laboral cambia dependiendo en el ámbito en el que se desarrolle, por un lado, la realidad laboral y por otro la jurídica <sup>36</sup>.

En la realidad social, el embarazo y todo lo que conlleva condiciona la vida laboral de la mujer, por razones biológicas, haciendo que se vean infravaloradas por las cargas familiares, así como que se les destina principalmente a contratos temporales. Por otro lado, la realidad jurídica con la evolución normativa busca conseguir la igualdad laboral entre la mujer y el hombre en el acceso al empleo, tratando de solucionar esa discriminación implícita.

El proceso histórico de incorporación de la mujer al trabajo está marcado por una desigualdad de condiciones y oportunidades, por lo que para conseguir una igualdad efectiva son necesarias medidas de prevención que deberán tener en cuenta la perspectiva de género, tanto la falta de protección como la sobreprotección pueden generar desigualdad, es necesario encontrar un equilibrio a través de la utilización de medidas adecuadas.

En el ordenamiento jurídico no se protege genéricamente a la trabajadora, sino que la prevención de la salud de la mujer en el medio laboral se ha centrado tradicionalmente en los aspectos puramente biológicos vinculados a la maternidad y la lactancia natural.<sup>37</sup>

Aunque la desigualdad laboral entre mujeres y hombres ha ido disminuyendo, las mujeres sufren una desigualdad real y efectiva en diferentes ámbitos de la sociedad, por ello es necesario aplicar acciones positivas y/o discriminación positiva<sup>38</sup> destinadas al colectivo de mujeres en general y particular.

---

<sup>36</sup> BALLESTER PASTOR, M. A., Diferencia y discriminación por razón de sexo en el orden laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 40

<sup>37</sup> La maternidad es una causa igualmente diferenciadora entre mujeres diferenciando a las que lo estas de las que no. STSJ Madrid 13 septiembre 1995.

<sup>38</sup> Las acciones positivas de la discriminación son medidas de impulso o promoción que tienen por objeto garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, dentro de estas se encuentra la discriminación positiva como variedad específica adoptando cuotas o tratos preferentes. REY

Una cuestión importante es la discriminación de género en despido por causas empresariales, en este trabajo se pretende analizar si la protección especial de la que gozan las mujeres trabajadoras en estado de gestación es suficiente frente al despido por causas empresariales, o si por el contrario sería necesaria una mayor protección, ya que, aunque la igualdad entre hombres y mujeres este consagrada en nuestra Constitución, la desigualdad real entre ambos sexos todavía se mantiene.<sup>39</sup>

La prohibición a la discriminación laboral<sup>40</sup> tiene un marcado carácter normativo, desde la Constitución Española hasta la normativa de la Unión Europea.

La discriminación puede ser directa<sup>41</sup> o indirecta, la discriminación directa es aquella que se produce por la exclusión o trato peyorativo a los miembros de un colectivo por razón de pertenencia al mismo<sup>42</sup>; la indirecta se refleja por las consecuencias que se generan de tal trato, es más compleja de definir, se presenta como una conducta neutra, pero sus consecuencias causan perjuicio<sup>43</sup>.

---

MARTÍNEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. McGraw-Hill. 1995 pág. 85 y ss.

<sup>39</sup> STC 109/1993, de 25 de marzo: “la maternidad y el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección del artículo 39.2 CE y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”.

<sup>40</sup> Artículo 6 LOI:” 1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

<sup>41</sup> Arts. 6.1 y 8 LOI: tratamiento jurídico diferenciado y «desfavorable» a una persona por razón de su sexo

<sup>42</sup> En un principio se pensó que en realidad el embarazo no se enmarcaba dentro de la discriminación por razón de sexo, sino de la cláusula abierta del art. 14 CE relativa a «otra condición personal», aunque el TC parece apuntar su conexión con el sexo. SSTC 20/2001, 41/2002, 17/2003, 175/2005, 182/2005, 214/2006, 324/2006, 342/2006, 3/2007.

<sup>43</sup> El TEDH ha matizado el perfil de la «discriminación indirecta» indicando que «la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo». TEDH, D.H. y otros (nº 57325/00), 13 de noviembre de 2007.

Se tiene la creencia común de que la mujer embarazada no puede ser despedida, pero esto no es realmente así, ya que el despido será lícito siempre y cuando no esté relacionado con su estado biológico<sup>44</sup>.

Por lo tanto, el interés está en realizar una revisión de la normativa y jurisprudencia para poder concluir, si el problema de la discriminación es un tema que merece más atención o si por el contrario la normativa nacional y europea es suficiente para garantizar la igualdad de la trabajadora embarazada frente al resto de trabajadores ordinarios.

La incorporación de la mujer al mundo laboral ha sido progresiva, con una evolución normativa a favor de la inclusión y proyección del trabajo femenino.<sup>45</sup>

La igualdad entre hombres y mujeres se reconoce como principio jurídico universal en diversos textos internacionales en materia de derechos humanos, todos ellos han logrado avances en la lucha por la igualdad<sup>46</sup>.

Nuestro punto de partida para superar la desigualdad se encuentra en la CE de 1978, en el artículo 14<sup>47</sup> se reconoce de manera explícita la igualdad entre hombres y mujeres y el artículo 9.2<sup>48</sup> consagra la obligación de los poderes públicos de promover dicha igualdad.

La propia Constitución reitera en la prohibición de discriminación por razón de sexo en su art. 35.1<sup>49</sup>, pero ya específicamente en el ámbito del contrato de trabajo.

---

<sup>44</sup> Se considera como discriminación directa aquella relativa a la situación de embarazo, parto o lactancia ya que afecta solo a las mujeres. STC 17/2007, de 12 de febrero.

<sup>45</sup> «La protección de la mujer y de su salud debe examinarse con suma cautela y desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres» pueden ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando la grave discriminación. (las SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; y 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7)

<sup>46</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 de marzo de 2007)

<sup>47</sup> Art.14 CE: “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

<sup>48</sup> Art 9. 2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

<sup>49</sup> Art 35.1 “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”

La figura de la trabajadora embarazada debido a la característica biológica exclusiva de las mujeres para poder quedarse embarazada supone en muchos casos una causa de discriminación en el ámbito laboral. Para que esto no suceda es necesario aplicar acciones positivas que contribuyan a esa situación de igualdad entre mujeres y hombres.

Hasta la incorporación de nuestro país a la Unión Europea, estas normas no siempre han favorecido a la mujer, ya que estaban basadas en un proteccionismo paternalista donde se consideraba a la mujer como el “sexo débil”.

La mayoría de estas normas suponían una discriminación respecto a los hombres en cuanto a que se les impedía la incorporación a determinados trabajos, se establecían diferentes salarios y criterios de despido, existiendo una mayor vulnerabilidad de las trabajadoras, respecto a la igualdad de oportunidades y trato en el trabajo.

Requieren por ello una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el solo hecho del embarazo o baja por maternidad, no sólo garantizar la igualdad en el acceso al empleo, sino que también el mantenimiento de unos ingresos.

Desde nuestra incorporación a la UE, se han producido grandes avances en la consideración de la trabajadora en situación de embarazo o lactancia. Pero el reiterado incumplimiento por los empresarios ha propiciado que muchos de estos casos tengan que ser resueltos en los tribunales mediante sentencias.

Se empieza afirmando que: “La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y es más una premisa del principio de igualdad que una excepción de este. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para las mujeres sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo”<sup>50</sup>

#### **4.2 Marco normativo**

La normativa sobre la protección a la mujer embarazada ha ido evolucionando a lo largo de los años.

Hay que hacer referencia a los distintos Convenios internacionales, así como a las Directivas de la Unión Europea en materia de igualdad, pues la normativa nacional se ve influido por el resto de Las directivas europeas y Convenios internacionales.

---

<sup>50</sup> Oficina Internacional del Trabajo, 1996, La maternidad en el trabajo, examen de la legislación nacional, resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo, pág. 42

En el ámbito de la normativa internacional, ha sido en la OIT donde se ha manifestado con mayor claridad la preocupación por la protección de la salud de la mujer trabajadora y de su hijo durante el embarazo, parto reciente y lactancia, siendo numerosos los convenios que contenían regulaciones específicas para estas situaciones frente a acciones discriminatorias e injustificadas. Este bien jurídico se protege con la prohibición de despido por razón de embarazo.

La OIT tiene un papel fundamental desde el convenio núm. 3 de 1919<sup>51</sup> donde prohibía a la mujer embarazada determinados trabajos para proteger tanto su integridad física como su estado de gestación, considerando ilegal el despido cuando la mujer se ausentaba del trabajo, dicho convenio fue ratificado por España en 1923.

En la década de los cincuenta se pasa a una visión para favorecer e incentivar más la igualdad, queriendo poner fin a la discriminación, gracias al convenio núm. 103 de 1952<sup>52</sup>, en cuyo art. 6 refuerza la protección de la mujer embarazada frente al despido indicando que “Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”. En España este convenio entra en vigor en 1965, con una excepción en relación con las personas del artículo 7 párrafo 1 d)<sup>53</sup>.

Posteriormente se han adoptado más convenios, que aunque no regulan la materia de forma directa, sí que inciden indirectamente como son el convenio núm. 156 de 1981 que dispone que la responsabilidad familiar no es causa justa para poner fin al contrato de trabajo, el Convenio núm.158 adoptado en 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, que en su artículo 5 apartado e) establece que las ausencias durante el permiso de maternidad no son causa justificada para la terminación de la relación de trabajo.

El último convenio aprobado por la OIT sobre la protección de la maternidad fue el convenio núm. 183, en el año 2000 que revisaba el convenio núm. 153 de 1957, busca incluir medidas garantistas para la trabajadora que se encuentre en cualquier situación biológica relacionada con la maternidad, confiere mayor protección a la mujer embarazada que todos

---

<sup>51</sup> Se trata de una regulación que gira, sobre todo, en torno al permiso por maternidad, a su duración y a los derechos que asisten a la mujer en ese periodo y en los que padezca enfermedades por razón del embarazo.

<sup>52</sup> De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

<sup>53</sup> El artículo 7, párrafo 1 d) se refiere a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio. Es decir, las amas de casa que no están comprendidas en la legislación laboral española.

los anteriores, prohibiendo el despido de las trabajadoras embarazadas y en periodo de descanso por maternidad y establece otras medidas para evitar que la maternidad suponga una discriminación, este no ha sido ratificado por España.

Además de los convenios mencionados nos encontramos con muchos otros, en los que a lo largo de su articulado se incluyen medidas que en cierto modo ayudan a la protección de la gestante, la que acaba de dar a luz y lactante, como son el convenio núm. 4 ( 1911) sobre el trabajo nocturno de las mujeres; el núm. 45 de 1935 sobre el trabajo de las mujeres en los trabajos subterráneos; el núm. 12 de 1921 relativa a la agricultura, el núm. 95 de 1952 que establece por primera vez determinadas medidas para la protección de la salud de la mujer embarazada durante el trabajo, el núm. 128 de 1967 y núm. 148 de 1977 sobre el medio ambiente de trabajo y como afecta la contaminación a la gestante entre otros.

Gracias a la evolución de estos Convenios que buscan la protección de la salud trabajadora embarazada, se avanza hacia la prohibición del despido y la posterior defensa contra la discriminación por razón de sexo.

En el ambito comunitario también se han establecido medidas de protección en numerosas directivas, estas buscan erradicar la desigualdad entre hombres y mujeres, así como conseguir una igualdad efectiva y plena en el ambito laboral.

La Directiva 76/207/CEE <sup>54</sup> consagra la total prohibición de discriminación por razón de sexo en el ambito matrimonial o familiar, aunque presenta problemas de interpretación que han obligado a pronunciarse al TJUE, y siempre sobre la interpretación de su art. 2.2 según el cual “La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”. Debe interpretarse siempre de forma restrictiva en relación con puestos de trabajo específicos.

La Directiva 92/85/CEE, es la principal norma relativa a la prevención de los riesgos para la maternidad. Establece los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud de la mujer durante el embarazo, que haya dado a luz o en período de lactancia, frente a los riesgos para la reproducción y la maternidad, además detalla las posibles situaciones en relación con la protección del embarazo y la lactancia.

---

<sup>54</sup> Derogada por la nueva Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 L 204 23 26.7.2006.

Esta directiva tiene una doble fundamentación por un lado busca garantizar la salud de la trabajadora embarazada o lactante en el marco del contrato de trabajo, y garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no fuesen motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras que se encontrasen en este estado.

La transposición efectuada en España de la Directiva 92/85/CEE es llevada a cabo mediante la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, señala que forma parte del derecho de protección de la salud y seguridad de los trabajadores, la función de procreación y la protección de la maternidad en el embarazo, parto reciente y lactancia. Se realizó de manera parcial, por lo que ha sido necesario esperar más de quince años para considerar incorporada la directiva en su totalidad.

Esta ley recoge en sus artículos 25 y 26, una regulación específica para los supuestos de maternidad en el derecho español con diversas medidas de protección de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia.

En su artículo 25 señala la obligación de protección de trabajadoras especialmente sensibles, que «por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos los que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial» deberían ser tenidos en cuenta en las evaluaciones de riesgos, y adoptarse las medidas de protección y prevención necesarias.

En su artículo 26 establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo, cuando la trabajadora está expuesta a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran producir algún daño a su salud o la del feto, recién nacido o lactante, para que se adapten sus condiciones de trabajo, se la cambie de puesto de trabajo.

El TRLET también consagra en la actualidad la nulidad del despido de la mujer embarazada, gracias a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que introdujo la primera modificación de los artículos 53.4 b) y 55.5 del TRLET<sup>55</sup>, este cambio permitió avanzar hasta la eliminación de la desigualdad entre mujeres y hombres, ya que hasta entonces no se protegía a la mujer embarazada frente al despido.

---

<sup>55</sup> El RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el nuevo TRLET, y que deroga a su antecesor; RDL 1/1995, de 24 de marzo, ha mantenido los preceptos de sus arts. 53 y 55 con idéntica numeración

Mediante esta ley se aclara cuáles deben ser las actuaciones que debe realizar el empresario para salvaguardar la salud y la seguridad de la madre y del hijo. Esta protección se refleja en el apartado b del artículo 55 TRLET que otorga la calificación de nulidad de pleno derecho al despido de: “(...) las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a) (...)”.

Se omite el requisito de la comunicación al empresario y se refuerza la protección de la trabajadora en dos aspectos, ampliando la protección desde el mismo momento del inicio del embarazo otorgando a la mujer embarazada una garantía objetiva y automática al margen de cualquier necesidad de prueba de móvil discriminatorio. Y se exime a la trabajadora de la prueba indiciaria de discriminación por razón de embarazo y de que el empresario tenga conocimiento de este.<sup>56</sup>

La Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar realizó una transposición implícita de la prohibición de despido, cuyo objetivo es completar la trasposición a nuestro ordenamiento del artículo 10.1 Directiva 92/85/CEE en nuestro ET gracias a la tutela antidiscriminatoria de la mujer embarazada y diferenciada de la discriminación por razón de sexo.<sup>57</sup>

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)<sup>58</sup>, fue una ley pionera para el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España<sup>59</sup>.

Esta Ley incorporó al ordenamiento español dos Directivas en materia de igualdad de trato: la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación, promociones profesionales y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro,

---

<sup>56</sup> MORENO SOLANA, A.: *La Prevención de Riesgos Laborales de los Trabajadores Especialmente Sensibles*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010. pág. 213.

<sup>57</sup> MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, Manuel (2002), Alcance del efecto directo del artículo 10 de la directiva 92/85/CEE ante el incumplimiento de un Estado miembro. Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 520, 2002.

<sup>58</sup> <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf>

<sup>59</sup> El año en el que se aprueba la ley, 2007, es declarado el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos. La norma, representa un avance legislativo para prevenir conductas discriminatorias con la aplicación de políticas que supongan hacer efectivo el principio de igualdad y oportunidades en colectivos marginados, como son las mujeres en el ámbito social y laboral.

que introduce tres importantes novedades que afectan a las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social, a la cuantía de la prestación, y a la calificación de la contingencia.

El TC establece que cualquier decisión empresarial que resulte lesiva de los derechos de los trabajadores basada en el embarazo de la mujer, bajas o permisos son situaciones ligadas a la maternidad que constituyen actos de discriminación directa por estar directamente relacionados con el sexo de la persona.<sup>60</sup>

La situación de la mujer embarazada la sitúa en una posición singular, otorgándole protección especial, debido a la discriminación que sufre la mujer trabajadora en el mercado laboral. Por ello se establece la casusa de nulidad de la extinción del contrato de la mujer embarazada en una serie de supuestos. Esta ley se desarrolla mediante el Real Decreto 295/2009 y el Real Decreto 298/2009.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre (LJS), establece que ante una demanda por incumplimiento de los derechos fundamentales, como en los supuestos de riesgo por embarazo y lactancia, deberá ser el empresario u organismo público, quien deba presentar las pruebas y obligaciones documentales en los procesos en que se cuestione la materia preventiva, debiendo acreditar que ha adoptado todas las medidas necesarias para evitar el riesgo, así como otro factor que excluya o reduzca su posible responsabilidad (art.96.2).

En el derecho interno español contamos con el Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores que consagra el derecho de los trabajadores a no ser discriminados ni directa ni indirectamente por razón de sexo y de manera explícita en el art.17 sobre la no discriminación en las relaciones laborales, considerando nulos todos aquellos pactos y decisiones unilaterales del empresario y las cláusulas de los convenios colectivos que en materia de retribuciones, jornadas y condiciones de trabajo supongan una discriminación directa o indirecta por razón de sexo, que junto con el art. 48 hace referencia a la suspensión de contrato con reserva del puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural.

---

<sup>60</sup> Guastavino, M.N (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales, (73) p.176

Mediante el Real Decreto-ley 6/2019<sup>61</sup>, se modifica la redacción de varios artículos en concreto el apartado 4 del artículo 53 que recoge las causas de nulidad de la decisión extintiva del empresario, en especial vemos que se refleja el caso del despido de la trabajadora embarazada que es el objeto de protección al que nos referimos en este trabajo.

### **4.3 Evolución jurisprudencial nacional hasta la actualidad**

Algo que genera bastante controversia y diferencia de opiniones es el despido de la mujer embarazada, ya que la prohibición de despido por causas empresariales de una trabajadora embarazada no se vulnera en este marco legal, siempre y cuando concurren las causas de empresa, y se acredite que la decisión extintiva era ajena a causas discriminatorias, debiendo justificar el criterio de selección que se ha seguido para designarla como afectada en el despido colectivo.

Como norma general el despido de una trabajadora embarazada solo puede producirse en casos excepcionales no inherentes al embarazo, y siempre que en la práctica no se tenga la posibilidad de recolocarla en otro puesto de trabajo adecuado.<sup>62</sup>

Esta situación es muy polémica en el ámbito jurisprudencial, y tiene como principal foco de discriminación de la mujer en el mundo laboral, se posiciona en contra del principio de igualdad que recoge la Constitución en el artículo 14, relacionado a su vez con el artículo 15 sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral, junto con el artículo 43 sobre la protección de la salud desempeñado por los poderes públicos en base al artículo 40.2 donde recoge que deben velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

La redacción del principio de igualdad en la CE es muy importante para la protección de la mujer embarazada pues permite diferenciar entre un principio de igualdad en sentido estricto y un principio de no discriminación.

Existe la creencia generalizada de que una mujer embarazada no puede ser despedida, sin embargo, tal afirmación supondría una garantía de indemnidad cuasi-absoluta para la gestante que debe ser matizada, pues no existe garantía absoluta, aunque sí es cierto que se encuentran en esta situación de protección especial, lo cual no impide que el empresario pueda rescindir el contrato de trabajo, en un despido por causas empresariales y se vea

---

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Así lo recoge Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

afectada, esa extinción debe estar debidamente justificada, puesto que en caso contrario se declara la de nulidad objetiva, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio.<sup>63</sup>

En términos generales, el despido de un trabajador puede ser calificado como procedente, cuando concurren las causas que lo justifican y amparan, improcedente cuando no exista causa o no pueda demostrarse y nulo cuando las causas de este vulneran algún derecho fundamental o cuando no concurren las causas alegadas por el empresario para la extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, cuando hablamos del despido de una trabajadora embarazada sólo cabe la calificación como procedente cuando la trabajadora embarazada incurre en alguna conducta, que por su gravedad es susceptible de ser sancionada con el despido, por motivos totalmente ajenos a su estado, la otra calificación que cabe es como despido nulo cuando el despido de la trabajadora embarazada tenga como causa su estado, donde se está vulnerando su derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo.

Tradicionalmente, nuestro TS<sup>64</sup> entendía que el despido de una mujer embarazada podía atentar a su derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 CE, sin que pudiera ser discriminada por razón de su sexo, aunque puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Para ponderar las exigencias del art. 14 CE en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado laboral hay que tener en cuenta el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad, por ello en el proceso de prueba a la trabajadora embarazada le bastaba con introducir el indicio suficiente de que el despido se producía sabiendo el empresario que estaba embarazada, y después al empleador le incumbía la carga de probar que el despido había obedecido a causas legales y ajenas a la situación del embarazo.

Sin embargo, en el caso de la nulidad se refleja en el artículo 55.5 ET que: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.”

---

<sup>63</sup> STSJ Asturias nº 605/2018, de 6 de marzo, STSJ Andalucía, Sevilla, nº 466/2018 de 8 de febrero.

<sup>64</sup> Como se recoge en las sentencias: STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 4.

Es decir, en principio el hecho de que existan causas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales y libertades públicas implica que el despido sea calificado como nulo, y por lo tanto con la readmisión inmediata del trabajador en el puesto de trabajo, el abono de los salarios de trámite desde la fecha efectiva de despido hasta la reincorporación. Además de una indemnización por daños morales.

Hay una presunción *iuris tantum* de nulidad del despido de una mujer embarazada, que puede ser desvirtuada en caso de que se pruebe y justifique que la decisión extintiva tiene una causa ajena al embarazo, la trabajadora no es despedida por una razón discriminatoria sino porque su conducta o prestación de servicios es susceptible de ser sancionada con el despido.

Uno de los interrogantes que surge al respecto del despido de una mujer embarazada, es si es necesario que el empresario conozca el estado de la mujer para que comience a operar la garantía prevista en el artículo 53 E.T.

La jurisprudencia ha evolucionado al respecto, inicialmente se exigía que el empresario conociese la condición gestante de la mujer,<sup>65</sup> sin embargo, actualmente es indiferente a los efectos de calificar el despido como nulo, para que opere la presunción de nulidad por discriminación por razón de sexo.

Esta protección opera objetivamente, se exige a la trabajadora de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo<sup>66</sup>, ya que esta cuestión pertenece a la esfera más íntima de la persona y familia<sup>67</sup>, por derecho legítimo estando legalmente preservado del conocimiento ajeno.

Inicialmente nuestro sistema constitucional utilizó la técnica de prueba de indicios gracias a la STC C-38/1981, por un lado el demandante ha de demostrar un panorama suficientemente indiciario de que se ha producido un trato discriminatorio cuando ha sido despedido, y para ello no basta con que alegue simplemente la vulneración del derecho

---

<sup>65</sup> La nulidad del despido tiene en el artículo 55.5, b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo» (Cairós, 2008, pp. 667-682).

<sup>66</sup> STC 136/1996, STC 124/2009

<sup>67</sup> STJCEE de 4 octubre 2001, asunto Tele Dan Mark A/S, C-109/2000, el TJCE ha entendido que la ocultación del estado de embarazo pertenece al ámbito de intimidad de la trabajadora sin que pueda entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad susceptible de justificar un despido.

fundamental en juego en este caso el artículo 14, sino que deberá aportar elementos que demuestren conexión directa con el factor vulnerado o en riesgo, como puede ser el embarazo.

Una vez el TC considere que efectivamente, hay prueba indiciaria será el empresario quién deberá demostrar que su decisión es totalmente objetiva y ajena a cualquier motivo discriminatorio, mediante la inversión de la carga de la prueba. Por ejemplo, se puede dar una falta de alegación de una causa real y fundada por parte del empresario, la decisión extintiva debe tener obertura legal y entidad suficiente para descartar la discriminación

En un primer momento, el Tribunal Constitucional<sup>68</sup> se decantó por la necesidad de conocimiento por la empresa de la situación de embarazo como requisito necesario para fundamentar la existencia de un posible trato discriminatorio en el despido, ya que esta nulidad estaba basada en el supuesto genérico de vulneración de alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o la ley, o bien que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (STC 41/2002).<sup>69</sup>

Además, la trabajadora debía demostrar un mínimo de prueba indiciaria<sup>70</sup> de que se ha producido una discriminación, y a partir de ese momento será la empresa la que demuestre que el motivo de su despido<sup>71</sup> nada tiene que ver con el embarazo<sup>72</sup>.

En cuanto al Tribunal Supremo<sup>73</sup>, también se decantó por la tesis de la nulidad subjetiva, incluso después de promulgación de la ley 39/1999 que “concibe dicha calificación

---

<sup>68</sup> Algunas de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional exige como requisito para considerar nulo el despido necesario el conocimiento empresarial del estado de gestación de la trabajadora, son las siguientes: STC 41/2002 de 25 de febrero; STC17/2003 de 30 de enero; y STC 62/2007 de 27 de marzo.

<sup>69</sup> ELORZA GUERRERO, F., La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas, *Temas laborales*, 2009, núm. 98, p. 241

<sup>70</sup> Si el estado de gestación era conocido por sus compañeros o sus jefes directos, o en el centro de trabajo, tal dato se erige como indicio del conocimiento empresarial (STC 17/2003)

<sup>71</sup> El TC había elaborado una doctrina en relación con el despido de trabajadoras embarazadas que venía a admitir la inversión de la carga de la prueba.

<sup>72</sup> STC 17/2003 ya que si bien no se probó de forma expresa el conocimiento del embarazo por la empresa, se tenía constancia de que personas con cargos en la empresa tenían noticia de tal circunstancia, quedaba “al margen de toda duda la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción”.

<sup>73</sup> SSTs de 29 de febrero de 2008, rec. núm. 657/2007; de 12 de marzo de 2008, rec. núm. 1695/2007

como un supuesto particular de «despido discriminatorio por razón de sexo o por razón de cargas familiares», es decir de despido nulo por lesión de derechos fundamentales.»<sup>74</sup>.

La jurisprudencia del TC<sup>75</sup> existente hasta el momento había centrado sus esfuerzos en clarificar hasta qué punto el conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo de una trabajadora resultaba clave a la hora de apreciar una posible vulneración por la empresa de derecho de esta a la no discriminación por razón de sexo.

El punto de partida de esta doctrina bien podemos situarlo en la consideración de que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, con lo que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”<sup>76</sup>

Destacamos una sentencia del TS<sup>77</sup>, en cuya argumentación a favor de la teoría subjetiva establece que ésta se ajusta al principio de seguridad jurídica,<sup>78</sup> calificando la nulidad del despido como un despido discriminatorio por razón de sexo donde el móvil discriminatorio se presume legalmente “iuris et de iure” solo si el empresario conoce el estado de gestación de la trabajadora embarazada, ya que toda presunción necesita de la existencia de un hecho indiciario como es el conocimiento e incluso para la mujer durante cierto tiempo es imposible de conocer su estado de gestación.

Esta sentencia establece que “si se afirma que la causa del despido es el embarazo, habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no

---

<sup>74</sup> Asimilación declarada, en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 cuando se afirma que “el último artículo del Capítulo I prevé las modificaciones que han de realizarse en el ET relativas a la extinción del contrato de trabajo. Para ello se declara expresamente nula (en la nueva redacción del art. 55.5. ET) la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo”.

<sup>75</sup> STC 92/2008, de 21 de julio: “difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión”

<sup>76</sup> STC 182/2005

<sup>77</sup> STS de la sala cuarta de 19 de julio de 2006

<sup>78</sup> (STS, 19 de Julio de 2006)

conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial.<sup>79</sup>

Por consiguiente, únicamente cabía sospechar que el despido de una mujer embarazada podía haber tenido como causa su estado de gestación en el caso de que dicho estado fuera conocido por el empresario.

Por lo que es el TC el encargado de examinar la razonabilidad y coherencia de la causa alegada en el caso concreto. La ausencia de acreditación de causa alguna, fundada y real sobre la justificación de la decisión y su desconexión con el rasgo prohibido determina, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador<sup>80</sup>.

El supuesto de hecho de la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008 <sup>81</sup>supone un cambio de su posición inicial a favor de la mera improcedencia de los despidos hacia otra que mantiene su nulidad salvo despido procedente, pasando de la nulidad subjetiva es decir aquellas en la que el empresario despide por el estado de gestación de la embarazada a la de nulidad objetiva que protege a la embarazada en todo caso.

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional <sup>82</sup> entendía que el despido de una mujer embarazada podía vulnera su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, no admitiéndose la justificación empresarial en base a necesidades económicas o razones objetivas. Se trataría de un despido nulo, a no ser que se base en causas ajenas al estado de gestación de la trabajadora.

Como recoge el artículo 6 de la LO 3/2007 de 22 de marzo: “Se considera discriminación directa<sup>83</sup> por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que

---

<sup>79</sup> El propio TC en su sentencia 92/2008, de 21 de julio, reconoce que “este Tribunal ha considerado que el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido” y añade : “En definitiva, nuestra doctrina ha considerado necesaria el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, ...”.

<sup>80</sup> STC 17/2007, de 12 de febrero.

<sup>81</sup> STS 17 octubre de 2008 numero 1957/2007.

<sup>82</sup> STC 124/2009, de 18 de mayo

<sup>83</sup> Discriminación directa: Tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras.

sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.”

De acuerdo con el art 8 de la Ley Orgánica 3/2007 “Todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo”.

La LOI 3/2007 pretende asumir las tres funciones que debe cumplir toda norma antidiscriminatoria, una función preventiva mediante la definición normativa adecuada, clara y comprensible de las conductas prohibidas, una función tutelar mediante el reforzamiento de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y sistema sancionador y por último una función promocional, de fomento de la paridad y remoción de los obstáculos mediante la creación de una obligación para el sector público y de la incentivación en el sector privado.

Este criterio fue alterado también a raíz de la sentencia número 92/2008 de 21 de julio, del TC bajo el pretexto de que el artículo 55.5.b) del ET, conforme a la Ley 39/1999, no requería condición ni requisito alguno para considerar nulo el despido de mujer embarazada<sup>84</sup>, donde la protección que la ley otorgaba a la mujer era puramente objetiva e incondicionada<sup>85</sup>, por lo que bastaba con su situación de embarazo<sup>86</sup> para que el despido hubiera de ser declarado nulo, salvo que el empleador probara cumplidamente que el cese había obedecido a causas totalmente ajenas a la condición gestante.

El artículo 55.5.b) ET al establecer la calificación de nulo para todo despido no justificado de trabajadoras encinta, alberga una garantía automática y objetiva, para la que no hace falta que concurra una intencionalidad discriminatoria en el despido<sup>87</sup>.

El ámbito temporal de la garantía se refería a “la fecha de inicio del embarazo”, ya que en ocasiones ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

---

<sup>84</sup> Como recoge el voto particular firmado por siete magistrados en la STS de 19 de julio de 2006 (RJ 2006\8040)

<sup>85</sup> TS, Sala de lo Social, de 06/05/2009, Rec. 2063/2008: El despido de mujer embarazada se configura como un supuesto de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación, 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.

<sup>86</sup> Lo conociera o no el empresario, e incluso lo desconociera todavía la propia embarazada, como afirman numerosas sentencias como la sentencia TS, Sala de lo Social, de 30/04/2009, Rec. 2428/2008,

<sup>87</sup> STS de 16/01/09, rec. 1758/08; STS de 17/03/09, rec. 2251/08, STS de 13/04/09, rec. 2351/08 y 30/04/2009, rec. 2428/08 como reflejan todas estas sentencias dictadas en unificación de la doctrina.

La jurisprudencia vigente en esta materia en el año 2008 corrige el criterio inicial desde la STS 17/10/08 y reproduce la doctrina del Tribunal Constitucional <sup>88</sup> *”sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido no justificado de la trabajadora se produzca estando la misma gestante, aunque el empleador no tenga conocimiento del embarazo”*.

Este criterio ha venido siendo objeto de importantes críticas por parte de la doctrina científica, ya que supone desnaturalizar la normativa protectora de la igualdad entre los sexos, pues no se puede suponer que estamos ante un despido discriminatorio cuando el empresario no conoce el estado de gestación de la trabajadora.

La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar el embarazo y el conocimiento empresarial; cuestión que pertenece a la esfera más íntima de la persona y atentaría contra su dignidad, ya que la trabajadora puede desear mantener legítimamente preservado del conocimiento ajeno<sup>89</sup>.

Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación».<sup>90</sup>

La citada normativa y la jurisprudencia han dejado claro la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, incluso en el caso de que el embarazo no haya sido comunicado formalmente al empresario<sup>91</sup>, ya que la obligación de la comunicación del embarazo vulneraría el derecho a la intimidad de la trabajadora y no está establecida como obligatoria en el ET.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> STC 92/2008, de 21/Julio

<sup>89</sup> El derecho a la intimidad de la trabajadora (art. 18.1 CE) no le obliga a notificar dicho estado al empleador (STC 17/2007).

<sup>90</sup> Literalmente, STS 06/05/09 -rcud 2063/08

<sup>91</sup> No existe obligación legal de comunicar el estado de embarazo, parto o lactancia por parte de la trabajadora (Moreno et al., 2000, pp. 40-41) especialmente, por el riesgo de uso con intenciones y efectos discriminatorios de tal información por parte de la empresa

<sup>92</sup> El TC ha establecido el carácter objetivo de la nulidad del despido de la mujer embarazada como la interpretación constitucionalmente correcta, un argumento sustancial en su fundamentación es el hecho de que la dispensa de prueba del conocimiento por parte del empresario protege la libertad de ser madre “, según AA.VV. (BUSTILLO GISBERT, R., FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. y FOSSAS ESPADALER, E., Dirs.): La protección jurisdiccional de los derechos. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. Pág. 653.

En palabras de Juan Gil Plana<sup>93</sup> “si la norma comunitaria considera mujer embarazada aquella que comunica tal estado al empresario, no pueden las normas nacionales eliminar expresamente tal comunicación o conocimiento como elemento integrante del concepto, porque entonces estaríamos ante realidades distintas, y habría que plantearse si en realidad se ha transpuesto correctamente la Directiva 92/85 CEE”.

La Directiva 92/85/CEE define en su artículo 2.a), como trabajadora embarazada a *"cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales"* y en su artículo 10.1 como causa de prohibición de despido el que suceda durante *"el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo"*.

Al transponer la Directiva 92/85/CEE, el legislador no hizo alusión a la necesidad de comunicar la situación de embarazo al empresario, dando a entender que ésta no es necesaria para que opere la protección por despido discriminatorio y, por tanto, sería nulo.

La Directiva del Consejo 92/85/CEE<sup>94</sup> definía el concepto de “trabajadora embarazada” a los fines de esta protección como *“una mujer que comunique su estado al empresario, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales”*.

Gracias a la Ley 39/1999<sup>95</sup> se traspone la Directiva 92/85/CEE que culminó en la redacción del actual artículo 53 del ET afirmando que “Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: la de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a. Lo establecido será de aplicación, salvo que, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo”. La protección implica la nulidad objetiva.

Como afirma la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia<sup>96</sup> y la Comunidad valenciana<sup>97</sup>, no es necesario que el empresario conozca el embarazo porque de

---

<sup>93</sup> J. Gil Plana, El despido de la trabajadora embarazada, Navarra, Aranzadi, 2011.

<sup>94</sup> Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la “aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia”.

<sup>95</sup> Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral

<sup>96</sup> STSJ Murcia nº 548/2009, de 10 de junio

<sup>97</sup> STSJ Comunidad Valenciana Nº 1750/2008, de 28 de mayo

conocerlo, ya entraría en juego el artículo 4 del ET en relación con el art 14 CE <sup>98</sup> por irrefutable discriminación indirecta de la gestante, además de la consecuente lesión de su derecho al amparo del artículo 24 CE<sup>99</sup>.

El TSJ de Cataluña<sup>100</sup> afirma que estamos ante una “garantía reforzada”, es decir “se ha configurado por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, donde se exime de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que presenta evidentes dificultades de acreditación, que sin duda el legislador ha tratado de obviar para lograr una protección más efectiva de las trabajadoras embarazadas frente al despido.”

El TC se ha basado en una interpretación gramatical, lógica, conforme a la Constitución que conduce a considerar que la nulidad del despido del art. 55.5.b) ET tiene un carácter automático, exclusivamente vinculado a la exigencia de que la trabajadora acredite su estado de embarazo y a la no consideración del despido como procedente por motivos ajenos al embarazo. De manera que, al no contemplar otra condición para la declaración de nulidad que la procedencia del despido, y delimitar el ámbito temporal desde el inicio del embarazo, y no desde el conocimiento del empresario, estamos ante una nulidad objetiva.

El dies a quo se sitúa en la fecha temprana del embarazo, desde que se conoce su existencia, en el asunto Mayr<sup>101</sup> el TJUE introduce importantes aclaraciones sobre el comienzo del embarazo en los tratamientos de reproducción asistida, donde considera que el bien jurídico que protege la Directiva es la salud de la mujer, por lo que la fecha del embarazo debe considerarse como la más temprana posible.

La cuestión es si la garantía objetiva reforzada no incidirá de una forma negativa sobre las expectativas de colocación de las mujeres trabajadoras ante las reticencias empresariales. <sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> La decisión empresarial no puede lesionar sus derechos fundamentales, si lo hace deberá reputarse nula cuando sea adoptada de forma discriminatoria TSJ Cantabria, Sala de lo Social, nº 802/2009, de 14/10/2009, Rec. 685/2009.

<sup>99</sup> STC 5/2003, de 20 de enero: supone la actuación de los Jueces y Tribunales, y la garantía de indemnidad, que, en las relaciones laborales, supone la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

<sup>100</sup> Sentencia TSJ 6217/2014 de 25/9/2014.

<sup>101</sup> STJUE de 26 de febrero de 2008, C-506/2006

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, TL, núm. 79, 2005, pág. 67.

Esta doctrina supone un paso importante en la protección antidiscriminatoria de la mujer trabajadora, además de que se ajusta al cumplimiento de otros fines constitucionales como la protección de la familia, al proteger la decisión de las trabajadoras de ser madres.

En numerosas sentencias se cuestiona si las trabajadoras embarazadas tienen prioridad de permanencia en un despido por causas empresariales como son las sentencias SJS nº 33 de Barcelona de 17 de diciembre de 2012 (ponente Ilmo. Joan Agustí Maragall) y STSJ Catalunya nº 7833/2013, de 29 de noviembre (ponente Ilma. M.<sup>a</sup> Mar Gan Busto), en ellas se declara nulo el despido de la trabajadora embarazada y se decreta la readmisión inmediata, así como el abono de los salarios dejados de percibir, se basa en un derecho relativo a la no afectación de la trabajadora embarazada en un despido por causas empresariales salvo causa excepcional, junto con la tutela antidiscriminatoria reforzada, la cual implica la carga de la prueba automática<sup>103</sup>.

Esta se consigue aplicando dos niveles de tutela distintos pero complementarios, por un lado la tutela antidiscriminatoria o ex post de la directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 sobre el principio de igualdad de oportunidades de trato entre hombres y mujeres en el empleo y ocupación, transpuesta en nuestro ordenamiento interno por la LOI<sup>104</sup>, se refleja en los art 53.4 y 55.5 ET, tras la modificación por la ley 39/1999, que protege a la trabajadora embarazada y a aquellas que disfruta del permiso de maternidad, frente al despido, estas predicen la nulidad del despido cuando media un móvil que vulnere los derechos fundamentales de la trabajadora, la nulidad radical o si no cabe declarar la procedencia del despido por motivos no relacionados bien con el embarazo o con el ejercicio de los derechos de conciliación es decir la nulidad objetiva.

Por otro lado, está la tutela prohibitiva y proteccionista o ex ante de la Directiva 92/85/CEE, esta tutela es más restringida en cuanto al ámbito subjetivo protegido, pero más radical en cuanto a su alcance, prohíbe con carácter ex ante la posibilidad de que una empresa pueda afectar a trabajadoras protegidas, salvo en casos excepcionales cuando dicha afectación devenga inevitable.

---

<sup>103</sup> Vía para la protección de la mujer embarazada derivada de la Directiva 2006/54: basta con que la trabajadora embarazada pruebe la existencia de su estado de gestación (y el conocimiento por parte del empresario) para que se active la inversión automática de la carga de la prueba y el empresario deba probar que la afectación era indispensable o inevitable, bajo el prisma de un test de “razonabilidad, objetividad y proporcionalidad” mucho más reforzado.

<sup>104</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>.

Como ha afirmado un sector de la doctrina, “se protege a la mujer durante el embarazo y no sólo frente a decisiones empresariales basadas directamente en el embarazo”<sup>105</sup>

Los magistrados entienden que la directiva tiene carácter proteccionista y preventivo, pero que no puede interpretarse como antidiscriminatoria ya que “ni su génesis, ni su objeto ni su regulación responden a esta finalidad, sino a la promoción de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia”.<sup>106</sup>

Esto se debe a que cuando la Ley 39/99 traspuso la directiva comunitaria lo hizo solo con la tutela declarativa ex post, pero no con la tutela prohibitiva ex ante, ambas actúan desde una lógica y una dinámica distintas.

Por esta razón se acude a la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2001 (asunto Jiménez Melgar)<sup>107</sup>, que afirma que esta Directiva “produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la Directiva 92/85, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar directamente ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado”.

En base a esta sentencia se deduce que resulta necesario, para hacer valer la tutela prohibitiva directamente de la Directiva, que la trabajadora que la pretenda ejercer haya comunicado su estado de gestación al empresario antes del despido por causas empresariales o bien que pueda acreditarse el conocimiento por parte del empresario.

Al objeto de obtener la no afectación, salvo en casos excepcionales de la trabajadora embarazada en el despido por causas empresariales, se entra en la inversión de la carga de la prueba no bastando el “clásico test de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad”, sino “un criterio más reforzado y exigencia de que tal afectación es indispensable o inevitable.”<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> SÁNCHEZ TORRES, E. y SENRA BIEDMA, R., “Aspectos sustanciales y procesales de los despidos anti familiares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero”, Relaciones Laborales, núm. 11, 2005, p. 3 (versión digital).

<sup>106</sup> FFJJ XVI SJS nº 33 Barcelona.

<sup>107</sup> En el caso Jiménez Melgar el Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirmó que la falta de renovación del contrato de la trabajadora embarazada no puede equipararse a un despido prohibido en virtud del artículo 10 de la Directiva 92/85, llega a la conclusión de que se puede asimilar a una negativa de contratación, produciéndose una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207

<sup>108</sup> AGUSTÍ MARAGALL, J., “La Prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas...”, op. cit., p. 40.

Las trabajadoras embarazadas una vez acreditan los indicios de la afectación discriminatoria por razón del estado de gestación en el despido, se analizan los porcentajes y valoración de afectados, se activaría la inversión de la carga de la prueba, se probará si es indispensable, razonable y objetiva la afectación de las trabajadoras protegidas en cada caso.

En esta jurisprudencia se reconoce a la trabajadora embarazada un derecho relativo de prioridad de permanencia al mismo nivel y alcance que el reconocido para los representantes legales de los trabajadores pero que no viene recogido en nuestra normativa interna, sino que deriva directamente de la tutela prohibitiva contenida en el artículo 10 de la Directiva 92/85.

El artículo 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social dispone que “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

La prioridad de permanencia no debe interpretarse como “antidiscriminatoria”, sino que opera automáticamente, “salvo en casos excepcionales” y siempre que, en el caso de embarazo el empresario conozca dicho estado, consiste en la “tutela antidiscriminatoria especialmente reforzada”:

En principio, la protección prohibitiva o ex ante únicamente alcanza las situaciones de embarazo que se haya comunicado al empresario o en permiso de maternidad<sup>109</sup>, como se desprende de la literalidad de la Directiva 92/85. Sin embargo, sería razonable extender la referida tutela a aquellos supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo del artículo 45.1.d) TRLET y respecto de los que se prevé un periodo mínimo de descanso por paternidad, adopción y acogimiento.

---

<sup>109</sup> La STS de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014: “Nuestro ordenamiento otorga idéntica protección, en orden a la calificación del despido, a la situación de embarazo que al periodo en el que el trabajador está disfrutando de reducción de jornada por cuidado de un menor, regulado en el artículo 37.5 ET, por lo que la jurisprudencia referente a los supuestos de despido de la trabajadora embarazada es plenamente aplicable al despido del trabajador que disfruta de la reducción de jornada contemplada en el artículo 37.5 ET”

#### 4.4 Caso Porras Guisado y pronunciamiento del TJUE.

La práctica, legitimada por la doctrina del Tribunal Supremo desde 2016, consideró necesaria en el ámbito del despido por causas empresariales “la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el procedimiento de despido de que se trate”.

Un cambio que como sostuvo parte de la doctrina.<sup>110</sup> y de los Tribunales, era requerido por la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C103/16, caso Porras Guisado contra Bankia.

El supuesto que resuelve la STJUE Porras Guisado 2018 se refiere a un despido colectivo en el seno de la empresa Bankia donde una de las trabajadoras que va a ser despedida está embarazada, la Sra. Porras Guisado.

Responden a la cuestión elevada por el Juzgado del social número 1 de Mataró (Barcelona) por el caso de una empleada de Bankia que fue despedida en noviembre de 2013, estando embarazada, en el marco de un despido colectivo de la entidad.

El caso se inicia el 9 de enero de 2013, donde la compañía española Bankia S.A. inició un período de consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a proceder a un despido colectivo. El 8 de febrero de 2013 la comisión negociadora alcanzó un acuerdo en el que se establecían los criterios que debían aplicarse para la selección de los trabajadores que iban a ser despedidos y de aquellos que conservarían su empleo en Bankia.

El 13 de noviembre de 2013, Bankia envió una carta a la Sra. Porras Guisado, quien estaba embarazada en ese momento, en la que se le notificaba la extinción de su contrato de trabajo con arreglo al acuerdo de la comisión negociadora donde no se explica de manera explícita los criterios que había adoptado la empresa para que ella fuese seleccionada en el proceso.

La carta de despido exponía, que en el caso concreto de la provincia en la que ella prestaba servicios era necesario un profundo ajuste de la plantilla, y que en el proceso de valoración durante el período de consultas la puntuación que había obtenido se encontraba entre las más bajas de la provincia.

---

<sup>110</sup> La STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado”, Revista Trabajo y Derecho, nº 45, 2018

La Sra. Porras Guisado presentó una demanda impugnando su despido ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró (Barcelona), el cual se pronunció a favor de Bankia. Posteriormente recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que solicitó al TJUE mediante una cuestión que interpretara la prohibición de despido de trabajadoras embarazadas y, más en particular, que indicara cómo debía interpretarse esa prohibición en el marco de un procedimiento de despido colectivo.

En este sentido el TJUE concluyó en caso de un expediente de regulación de empleo (ERE), la empresa podrá prescindir de una trabajadora embarazada *“siempre que el despido no esté relacionado con la situación de la trabajadora, que el empresario alegue motivos justificados para el despido”*. Además, señala que se debe comunicar a la trabajadora los motivos que justifican el despido atendiendo a criterios objetivos.

Así pues, si el embarazo fuera la causa del despido, se trataría de una decisión empresarial contraria a la normativa nacional siendo por lo tanto nula. Sin embargo, en caso de que la decisión no tenga relación con el embarazo, será posible la extinción de la relación laboral.

En el asunto C-103/16. Jessica Porras Guisado/Bankia S.A. es el juzgado español, el que pide al Tribunal Europeo que interprete la prohibición de despido de trabajadoras embarazadas y, en particular, que indique cómo debe interpretarse esta prohibición en el marco de un procedimiento de despido colectivo mediante el planteamiento de las siguientes cuestiones prejudiciales.

- a) “¿Debe interpretarse el art.10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones”, como excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, es un supuesto no equiparable a “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” a que se refiere el art.1.1 a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, sino un supuesto más restringido?”
- b) “¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?”

- c) “¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad de este (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?”
- d) “¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE una legislación, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia?”

El TSJ de Cataluña pedía al TJUE que indicase si las causas excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora podían ser equivalentes a las causas que justifican el despido colectivo, si por lo tanto se cumplía con el art.10.1 de la Directiva 92/85, y en el fallo el TJUE estableció que las causas económicas, organizativas, técnicas o productivas que establece el art.51 ET eran causa suficiente para justificar el despido colectivo y cumplir con la Directiva 92/85.

Se plantea si la legislación española ha traspuesto de manera correcta la directiva 92/85/CEE y por lo tanto otorga a las trabajadoras embarazadas la protección que exige la directiva comunitaria ya que el ET no contempla una especial protección de la trabajadora embarazada en cuanto al derecho de permanencia preferente, como tienen por ejemplo los representantes de los trabajadores.

Sin duda, el legislador podría haber optado, por mecanismos preventivos del despido más garantistas, como se dijo “la preferencia para no ser despedida, el establecimiento de causas reforzadas o incluso la autorización administrativa hubieran constituido una garantía de mayor intensidad, pero en Porras Guisado el TJUE<sup>111</sup> indica que la justificación concreta del despido que recae en las trabajadoras protegidas por la Directiva 92/85 cumple lo establecido en su artículo 10.”

La legislación comunitaria tiene eficacia directa, aun así, el derecho europeo no solo genera obligaciones a los países de la UE que deben trasponer dicha directiva, sino que también derechos para los particulares, los cuales pueden invocar una norma europea ante la jurisdicción de su país, aunque no esté recogida en su ordenamiento interno.

---

<sup>111</sup> [https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ057973\\_0.pdf](https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ057973_0.pdf).

En el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE, se establece que “Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca la necesidad de informar a la trabajadora embarazada de las razones concretas que motivan la extinción; una exigencia que en los supuestos de despido por causas empresariales incluye la indicación de “los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”.<sup>112</sup>

La protección objetiva de la Directiva 92/85/CEE se traspone en la Ley 39/1999, busca como finalidad esencial combatir los despidos discriminatorios por razón de embarazo, esa “finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio”.<sup>113</sup>

El artículo 10 de la Directiva dispone que, como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

“1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.”<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Apartado 54 de la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16 Asunto Porras Guisado.

<sup>113</sup> STS 06/05/09 -rcud 2063/08.

<sup>114</sup> Artículo 10 de la Directiva 92/85, titulado “Prohibición del despido”

La primera circunstancia es que nos encontramos ante una trabajadora embarazada, esta situación está definida concretamente en el artículo 2 de la directiva que determina:

“a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.”

Con lo que, según las definiciones de la directiva,<sup>115</sup> podemos entender que una mujer embarazada solo lo está en base a la directiva cuando ese embarazo sea oficial es decir comunicado previamente al empresario, como requisito, esto podría suponer una vulneración de su derecho a la intimidad si se interpreta de forma restrictiva. Pudiendo variar la interpretación en interés del bien superior que se pretende proteger.

En la sentencia Dita Danosa contra LKB Līzings SIA<sup>116</sup> se interpretó el requisito de la comunicación de forma amplia, en el apartado 53 de la sentencia se incluye el conocimiento por el empresario por otros medios “Si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la interesada, tuviese conocimiento del embarazo, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a) y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10”<sup>117</sup>

La abogada general del TJUE, Eleanor Sharpton, considera que el despido de una trabajadora embarazada dentro de un despido por causas empresariales «sólo puede

---

<sup>115</sup> Artículo 2 de la Directiva 92/85, titulado “Definiciones”

<sup>116</sup><https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78560&pageIndex=0&dclang=es&mo>

<sup>117</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2010. Dita Danosa contra LKB Līzings SIA. Asunto C-232/09.

producirse en casos excepcionales no inherentes al embarazo, y siempre que en la práctica no haya realmente posibilidad de recolocarla en otro puesto de trabajo adecuado». <sup>118</sup>

Las conclusiones de la abogada general del TSJUE no son vinculantes de cara a una futura sentencia, pero se suelen seguir en la mayoría de los casos.

El Tribunal de justicia entiende que: “precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, incluido el riesgo de incitar a la trabajadora a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha previsto esta protección especial para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.” <sup>119</sup>

Sharpston expone que, según la directiva de maternidad, la excepción que permite el despido de una trabajadora embarazada “sólo es aplicable en casos excepcionales no inherentes a su estado” <sup>120</sup>. Esta directiva protege a las trabajadoras “durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”, aunque aún no hayan informado de su estado al empresario.

Afirma que existe una contradicción en la Directiva, ya que la protección se extiende desde el comienzo de su embarazo hasta el final del permiso de maternidad. Por lo tanto, la Directiva sería aplicable aun no habiendo informado de sus estados al empresario, ya que busca “blindar” a la mujer del riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de la embarazadas, incluido el de interrupción voluntaria del embarazo.

Respecto a la interacción entre ambas legislaciones, se afirma que en el contexto de la Directiva 98/59/CE, relativa a los despidos colectivos que, “existen situaciones que se consideran excepcionales», pero eso «no significa que cualquier despido colectivo sea un caso excepcional a efectos de la directiva de maternidad”.

---

<sup>118</sup>

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2010. Asunto Danosa. “cit”. Apartado 60

<sup>120</sup> La primera expresión de “casos excepcionales” implica una interpretación estricta, como son situaciones inusuales y extraordinarias, la excepción de “no inherentes” ha de fundamentarse en causas diferentes al estado de embarazo de la trabajadora.

Por lo que corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, si el despido puede calificarse como «caso excepcional» para apreciar la excepción a la prohibición de despido. Para que opere esta excepción que hacen posible el despido de una trabajadora embarazada, no basta con invocar motivos que afecten a su puesto en caso de despido, sino que en la práctica no debe haber realmente posibilidad de recolocar a la trabajadora embarazada en otro puesto de trabajo adecuado.

La recolocación en otro puesto de trabajo es posible si éste queda vacante o si se crea una vacante transfiriendo a otro trabajador a otro puesto y asignando a la trabajadora el puesto que ha quedado vacante, mientras que la permanencia en la empresa significa que, sin importar cómo, la trabajadora embarazada conservará su empleo<sup>121</sup>.

De este modo que el despido de una trabajadora embarazada sólo puede producirse en casos excepcionales no inherentes al embarazo, y siempre que en la práctica no haya realmente posibilidad de recolocarla en otro puesto de trabajo adecuado.

El artículo 10 de la Directiva 92/85 hace una distinción expresa entre la protección contra el despido con carácter preventivo es decir una tutela preventiva y la protección contra las consecuencias del despido en concepto de reparación, es decir tutela reparativa.

Esto no quiere decir que se le exija a los Estados miembros que adopten expresamente disposiciones que concedan prioridad de permanencia en la empresa a las trabajadoras embarazadas en caso de despido por causas empresariales, la legislación nacional con la incorporación de la directiva de maternidad debe garantizar normalmente que una trabajadora embarazada conserve efectivamente su empleo, y por consiguiente, la transposición correcta del mencionado artículo obliga a los Estados miembros a establecer esta doble protección.

Para la Abogada General la legislación española sólo ofrece tutela reparativa ya que “establece que un despido ilegal es nulo de pleno derecho”, y añade la readmisión de la trabajadora en su puesto, el pago de sueldos atrasados o la una indemnización de daños y perjuicios, que puede mitigar las consecuencias de un despido improcedente, pero no subsanarán por completo con esta medida a posteriori las secuelas psíquicas y físicas de la trabajadora, no se puede sustituir a la protección de carácter preventivo.

---

<sup>121</sup> Conclusiones del abogado general. “cit.” Apartado 73

Por último, la abogada general del TJUE concluye que, para que un preaviso de despido se ajuste a la directiva de maternidad debe formalizarse por escrito y exponer los motivos debidamente justificados que fundamenten que nos hallamos frente a un caso excepcional, y no inherente al embarazo que justifique el despido es decir los motivos generales y los criterios de selección.

Como vemos se ha añadido una tercera tutela de protección, la tutela por prevención de riesgos laborales, que debe ser distinguida de las tutelas anteriores en el artículo 10 de la Directiva 92/85, que considera el despido de una trabajadora embarazada como un riesgo para su salud física y psíquica y dispone que:

“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

Cuando se despidiera a una trabajadora embarazada, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal.”<sup>122</sup>

La finalidad de esta Directiva es estrictamente preventiva y no antidiscriminatoria, se trata de un contexto proteccionista y prevencionista, a fin de prevenir un riesgo más, como es el despido.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta el apartado 2 del artículo 10, en cuanto a la suficiencia de la carta de despido objetivo, cuando el empresario conecedor del estado de la trabajadora comunique en la carta de despido solo las razones objetivas <sup>123</sup>que fundamentan la extinción sin hacer mención ninguna a los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido, éste no supera la tutela de protección.

---

<sup>122</sup> Artículo 10 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

<sup>123</sup> Causas económicas, organizativas, productivas.

Es decir, siempre es obligatorio el deber informar en el momento de comunicar el despido del trabajador en la carta de despido sobre los motivos del despido y la motivación sobre su designación como afectada por el despido<sup>124</sup>.

La norma interna de trasposición va más allá y establece una obligación más concreta y exigente, no es solo que el empresario deba “indicar los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”, ni “dar motivos justificados de despido por escrito” ( literalidad del art. 10.2 de la Directiva), sino que “deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”, acreditación que debemos situar en el acto del juicio que conozca de la posible impugnación del despido.

Por lo que nos encontraríamos ante un déficit de protección, cuya reparación sería posible cumpliendo con lo que dice el TJUE integrando la tutela prohibitiva o preventiva, mediante la prohibición de despido respecto de estas tres concretas situaciones, en términos parecidos al art. 10.1 de la Directiva. Y salvando los “casos excepcionales” mediante la remisión a la regulación del despido disciplinario y del despido por causas objetivas, introduciendo un nuevo supuesto de nulidad derivado de la “tutela prohibitiva”, además una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la prohibición preventiva solo podría exceptuarse en caso de justificarse la excepcional necesidad de su despido.

Llegaría a ser necesaria la inclusión explícita de la prohibición de despido en estas situaciones específicas en nuestra normativa interna, más allá del mandato del artículo 10 de la Directiva, cuyo cumplimiento no se lleva a cabo en la práctica de forma correcta.

Esto puede suponer el reconocimiento de una casi prioridad de permanencia en favor de las trabajadoras embarazadas en las situaciones protegidas, que se impondrá al tradicional margen de discrecionalidad empresarial que la jurisprudencia ha venido reconociendo sin otro límite que la prohibición de discriminación. Tal conclusión se entendería a la luz de la “tutela prohibitiva” de la Directiva en el que la posibilidad de despido es una excepción a la regla general de prohibición.

---

<sup>124</sup> La carta debe cumplir la exigencia de la doctrina del TJ de señalar la causa y contener los criterios objetivos que seguidos para la designación de las trabajadoras afectadas (TSJ Cataluña 26-4-18) TSJ Cataluña de 26 de abril de 2018, rec. 3002/2015

El TJUE matiza que “una decisión de despido que se haya tomado, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no es contrario a dicha Directiva”.

Por todo ello, el despido de una trabajadora embarazada debe superar las 3 tutelas de protección, puesto que de no hacerlo el despido es considerado nulo<sup>125</sup>, es decir la calificación del despido de una trabajadora embarazada podrá ser procedente o nulo, pero nunca improcedente.

El TJUE en su sentencia 22 de febrero de 2018, ratifico que la prohibición de despido colectivo de una trabajadora embarazada no se vulneraba, si en el marco del despido del colectivo concurren las causas de empresa. Expone que es suficiente con que se comuniquen tales causas objetivas, ya que la Directiva 92/85 no obliga a los estados a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni de recolocación en otro puesto aplicable al despido colectivo, sin que se excluya no obstante la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia por medio de una prohibición preventiva de ese despido.

Pese a esto en sentencias posteriores se hacen matizaciones, como refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio 2018 , partiendo del planteamiento de la TJUE, resalta: “ es exigible al empresario concretar los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora, que tenía reducida la jornada de trabajo por cuidado de un hijo y se encontraba embarazada en el momento del despido, por lo que ha de atenderse al derecho a la no discriminación por razón de sexo”.

El Tribunal coincide con la Abogada General, estableciendo que la correcta trasposición de la Directiva implicaría prescribir, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, no siendo suficiente establecer la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Ya que “ aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva de maternidad se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha

---

<sup>125</sup> Un ejemplo de despido nulo por insuficiencia de la carta de despido es el recogido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sec.1ª, de fecha 1de junio de 2018, Rec. 6470/2015.

llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido cuando la falta de renovación esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207”<sup>126</sup>

También se plantea ante el TSJ de Cataluña si una carta de despido es conforme a la directiva, aunque no haga referencia a la existencia de motivo excepcional para su despido distinta de los que justifican el despido por causas empresariales.

Según la doctrina del TJUE, no era necesario que en la carta de despido consten los criterios de selección y aplicación al trabajador afectado, pero en el caso del despido de una trabajadora embarazada, la empresa sí que debe acreditar que la decisión extintiva es ajena a propósitos discriminatorios, debiendo justificar el criterio de afectación de esta tenido en cuenta las causas económicas.

La Abogada General argumenta que “los motivos debidamente justificados” implican que, para ser válido, el preaviso de despido debe contener no sólo los motivos del despido, sino que éstos deben ajustarse a los requisitos previstos en la Directiva sobre maternidad.

El Tribunal concluye que la Directiva no se opone a la normativa que permita el despido sin comunicar más motivos que los propios del despido colectivo, “siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”, es decir que los motivos estén debidamente justificados y sean razonables y objetivos.

#### **4.5 Especial protección de la mujer embarazada en periodo de prueba.**

Cuando una empresa comunica a un trabajador durante el período de prueba la voluntad unilateral de no continuar la relación laboral, nos encontramos ante un desistimiento y no un despido.

El desistimiento empresarial no queda sujeto a requisitos formales, por lo que en ningún caso podrá dar lugar a “resultados inconstitucionales” mientras que, en el despido tanto disciplinario y el despido por causas objetivas, la ley exige requisitos de forma cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva.

Sin embargo, cuando tal decisión afecta a una trabajadora embarazada es preciso examinar si ésta goza de una protección reforzada prevista en el art. 53.4 y 55.5 b) TRLET.

---

<sup>126</sup> Asunto C-438/99 Jiménez Melgar111, sentencia de 4 de octubre de 2001

En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula si se produce una vulneración de derechos fundamentales, con lo que hay que analizar la situación cuando se trata de una trabajadora embarazada.

Se facilita así la tutela de las trabajadoras embarazadas en esa fase inicial de la relación laboral, frente a actuaciones discriminatorias, y también ante resoluciones que sin responder a ese móvil carezcan de base objetiva.

Este riesgo de pérdida de trabajo se acentúa en las mujeres embarazadas en periodo de prueba, debido a que como recoge el art 4 ET durante esta fase ambas partes pueden proceder libremente a la extinción de la relación laboral, sobre todo por partes del empresario<sup>127</sup> ya que la finalidad esencial del período de prueba es comprobar la aptitud y adaptación de la persona recién contratada al puesto de trabajo y a la organización empresarial, esta facultad que puede incidir de forma muy negativa sobre las trabajadoras embarazadas pero ello no puede suponer que un desistimiento pueda llevarse a cabo sin acreditar causa alguna.

Hay que tener en cuenta cuáles pueden ser esos “motivos no relacionados con el embarazo”, quedando rota la presunción y justificada la extinción cuando se verifique un problema concreto de falta de capacidad, competencia y/o adaptación.

En caso de producirse el despido de la trabajadora embarazada sin alegar justa causa o que esta sea por razón de su estado de gestación estaríamos es un despido discriminatorio por razón de sexo, y por ello un despido nulo.<sup>128</sup>

No obstante, hay que tener en cuenta que la protección de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba no es la misma que en los casos de despido por causas empresariales. Sólo será nula la extinción del contrato si se atenta contra derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación por razón de sexo.

---

<sup>127</sup> En el artículo 14.2 del TRLET, otorga indiscutiblemente un “mayor beneficio” a la parte empresarial “al adquirir temporalmente un derecho excepcional no homologado tras la consolidación de la relación jurídico-laboral”

<sup>128</sup> Como se desprende de la STC 173/2013, de 10 de octubre, en la que se atenúa el principio de prohibición de la libre extinción del contrato, limitándose únicamente por un posible resultado de inconstitucional ya que no cabría la extensión de la tutela reforzada sobre la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada al supuesto de desistimiento empresarial en periodo de prueba.

En la STC 17/2007, de 12 de febrero, se anula el despido de la trabajadora en periodo de prueba al no demostrarse suficientemente que la decisión de despedir a la trabajadora resultara ajena a cualquier propósito atentatorio del derecho fundamental.

Cuando no existan indicios de discriminación, porque la empresa desconociese que la trabajadora estaba embarazada, habría que estar a la situación concreta.

La tutela en este singular contexto se ha articulado tradicionalmente a través de los mecanismos ordinarios de protección de los derechos fundamentales, por la inexistencia de instrumentos específicos y la resistencia jurisprudencial a trasladar al período de prueba la garantía reforzada prevista para el despido disciplinario y objetivo.

De la sentencia del TC 92/2008 de 21 de julio se extrae una afirmación: *“El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante junto con la desigualdad retributiva con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales”*.

Por ello se llevaron a cabo en el ámbito del despido algunas intervenciones específicas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, mediante la ley 39/1999 que introdujo un sistema que, tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado una garantía reforzada en la protección de las trabajadoras embarazadas, en torno a la denominada “nulidad objetiva y automática”, que considera nulos los despidos disciplinarios u objetivos adoptados durante el embarazo y “se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

En el caso concreto del embarazo la garantía actúa sin necesidad de comunicar el embarazo a la parte empresarial, a diferencia de lo establecido en la Directiva 92/85/CEE<sup>129</sup>, que define el concepto “trabajadora embarazada” como “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, y por tanto sólo cuando exista tal comunicación entrarán en juego las restricciones que frente al despido establece el artículo 10.

El TC se enfrentó por primera vez a la problemática generada por la extinción de la relación laboral de una trabajadora embarazada durante el período de prueba en la STC 94/1984, de 16 de octubre, se trataba de una enfermera en periodo de prueba que, tras 10 días desde el pacto inicia una baja por capacidad laboral por amenaza de aborto que termina produciéndose. La extinción fue declarada nula en primera instancia

---

<sup>129</sup> La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada

El principal punto de controversia se planteaba en relación con la posibilidad de proyectar el principio de no discriminación por razón de sexo a la resolución del contrato durante el período de prueba.

El TC muestra que “la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores (...) no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como el de igualdad del artículo 14 CE”. Se establece así una primera e importante base para la protección de las trabajadoras embarazadas frente a la extinción contractual durante el período de prueba.

La posterior STC 166/1988, de 26 de septiembre, constituye un importante paso adelante y sienta las bases de una doctrina que se ha mantenido inalterada hasta la aparición del RDL 6/2019. Se trata de la extinción contractual de una trabajadora del sector sanitario, durante el período de prueba de quince días y nada más iniciar la prestación la trabajadora manifestó que debido a su estado de embarazo no podía estar en la Sección de Diálisis y solicitó ser enviada a otra sección.

El TC <sup>130</sup> considera aplicable al caso la doctrina sobre “inversión del onus probando” y afirma que “ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos eran ajenos a tal hecho o situación (...) a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria”; la trabajadora embarazada entiende que la justificación en su opinión no se ha aportado, porque no se acredita la imposibilidad de destinarla a otra sección compatible con su estado constando acreditado que anteriormente prestaba servicios en la Sección de Cirugía, que sí resultaba compatible, ni se le expone ningún argumento, La ausencia de justificación determina la concesión del amparo, con la consecuente declaración de nulidad de la sentencia del TC.

La configuración definitiva de esta doctrina se produce con la STC 17/2007, de 12 de febrero. En este caso una trabajadora de una empresa telefónica, con un contrato inicial temporal a la que se le propone un contrato indefinido, queda embarazada en dos ocasiones, con dos abortos y sus consecuentes bajas, la empresa comunica a la trabajadora la extinción de su contrato por no superar del período de prueba.

---

<sup>130</sup> STC 166/1988, de 26 de septiembre.

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación<sup>131</sup> desestiman la impugnación de la trabajadora descartando la existencia de discriminación en hipótesis de vulneración de derechos fundamentales.

Estamos ante una doctrina articulada donde la trabajadora perjudicada debe aportar “un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental” es decir “un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que haya podido producirse”. Una vez sean acreditados los indicios “incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate”.

Esto lleva a declarar la nulidad de la extinción porque el TC considera que el relato de hechos probados pone de manifiesto “la sospecha razonable de la eventual relación de causa a efecto entre las bajas laborales ocasionadas por su estado de embarazo y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios” y no se han acreditado causas que permitan “destruir la apariencia discriminatoria creada”. Se considera especialmente determinante que hasta el momento previo a las bajas no hubiese quejas del rendimiento de la trabajadora y que se le hubiese propuesto el paso a un contrato indefinido ordinario, como también la ilicitud del período de prueba en el que intenta fundamentarse la extinción. Por todo ello se acaba declarando la nulidad de la extinción y se anulan tanto la sentencia de instancia como la de suplicación.<sup>132</sup>

#### **4.6 La corrección normativa a través del RDL 6/2019**

La aparición del Real Decreto-ley 6/2019<sup>133</sup> supone un importante paso en la protección de las trabajadoras embarazadas frente a la extinción contractual durante el período de prueba, modifica el artículo 14 del TRLET incorporando un párrafo de enorme trascendencia en la protección de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba.

---

<sup>131</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Bilbao, de 6 de noviembre de 2002 (autos 498/2002) y la STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2003 (recurso 155/2003).

<sup>132</sup> No podía establecerse un nuevo período de prueba porque la trabajadora ya había desarrollado las mismas funciones en la relación laboral especial previa. El TC destaca que “el hecho de que el acto empresarial sea improcedente no implica que sea además discriminatorio, al no derivar la vulneración constitucional (...) también es indudable que ese elemento añadía seriedad al panorama de la trabajadora”.

<sup>133</sup> El 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 (RDL 6/2019)

Debido a esta modificación del articulado del ET, nos planteamos si se produce un cambio de esta jurisprudencia forzando la comunicación escrita con especificación causal de la decisión en el caso de mujer embarazada.

El RDL<sup>134</sup> efectúa una actuación antidiscriminatoria en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo reformando tres preceptos: el artículo 14 sobre el periodo de prueba, el artículo 53 sobre la forma y efectos de la extinción por causas objetivas y el artículo 55 sobre la forma y efectos del despido disciplinario y, sobre todo, para incluir una presunción iuris tantum de nulidad automática del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba cuando la trabajadora está en situación de embarazo.

El actual párrafo 2º del artículo 14 del TRLET, incorporado por el RDL 6/2019, establece que “La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. La novedad es que extiende al periodo de prueba se pretende extender a la extinción durante el período de prueba la garantía de nulidad objetiva y automática que Ley 39/1999 estableció para el despido disciplinario y objetivo.

En determinadas situaciones de suspensión contractual como recoge el artículo 14.3 se tiene en cuenta el computo temporal del periodo de prueba cuando exista riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal.

Si el tiempo sigue corriendo, aunque no haya prestación de servicios efectiva, y en consecuencia no se obtiene la formación y experiencia, el empresario no podrá recabar las evidencias sobre la falta de capacidad o adecuación necesarias para romper la presunción de nulidad. Estamos por lo tanto ante un reforzamiento indirecto de la nueva garantía, por cuanto se dificulta la extinción por la parte empresarial en período de prueba.

Establece la aplicación de la calificación de nulidad automática a la rescisión contractual sin causa de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba desde el inicio de su embarazo. De esta manera se neutraliza la doctrina del TC y TS sobre la protección automática de la calificación de nulidad establecida en el art. 55.5 ET no se aplica a la rescisión contractual durante el periodo de prueba.

---

<sup>134</sup> 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, publicado en el BOE el 7 de marzo.

Con esta reforma normativa el RDL 6/2019 establece que a partir de ahora el empresario deberá tener causa justificada para rescindir el contrato de la embarazada durante el periodo de prueba, sin que sea relevante la falta de conocimiento de la gestación que pudiera alegar. Aun así, en la exposición de motivos no hay referencias expresas más allá de las declaraciones de “garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato” o de eliminar “la discriminación por el embarazo”.<sup>135</sup>

Se está estableciendo una presunción *iuris tantum* que, admite prueba en contrario de los motivos ajenos al embarazo o a la maternidad, y que determina una nulidad automática, “desde la fecha de inicio del embarazo”, sin que sea necesario acreditar el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo ni cualquier otro indicio de actuación discriminatoria.<sup>136</sup>

El ámbito subjetivo de la garantía es decir el colectivo beneficiario en este caso son las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta su final. La redacción del artículo 14.4. 2º ET utiliza la expresión “trabajadoras por razón de embarazo” en lugar de utilizar “trabajadoras embarazadas” esto genera un problema ya que la amplitud ha llevado a considerar que “quizás se ha querido incluir en la protección a trabajadoras en tratamiento de fertilidad”.

La nueva regla legal establece que “será nula” la resolución contractual de una trabajadora embarazada durante el período de prueba “salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo”, una fórmula que en opinión de un sector doctrinal introduce una “presunción *iuris tantum*” de nulidad. Esta regla es lógica y encaja con el paralelismo de los artículos 53.4 y 55.5 ET.

En materia de despido, el RDL 6/2019, modifica en el artículo 53.4 del TRLET la exigencia de “acreditación” en el despido objetivo, cuando al regular la excepción a la declaración de nulidad en los supuestos de protección reforzada por motivos relacionados con el embarazo se establece que la procedencia de la decisión extintiva por motivos no

---

<sup>135</sup> Sólo se hace referencia a los que inciden sobre la conciliación de la vida laboral y familiar y sobre la igualdad retributiva

<sup>136</sup> La STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013, en el marco de la anterior regulación, negó que hubiera de extenderse la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo del artículo 55.5.b) TRLET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, considerando que para declarar nula la extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba era precisa la acreditación del carácter discriminatorio de la decisión extintiva.

relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia requerirá acreditar suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere “concretamente la extinción del contrato de la persona referida”.

El RDL incorpora una nueva frase en el quinto párrafo del art. 53.4 ET<sup>137</sup> en la que se establece que “Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.”

El criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/2013, está siendo asumido por varios Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, es importante destacar que dicha sentencia tiene un voto particular, formulado por el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re que defiende que los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que nace del contenido esencial del art. 14 CE.

Por lo tanto, pese a la diferente naturaleza entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, los factores justificativos de una tutela antidiscriminatoria se dan por igual en las extinciones causales y no causales, existiendo un equivalente imperativo de protección y una identidad del factor protegido en presencia. Este régimen tuitivo protege a las trabajadoras embarazadas en todos los supuestos de ceses por desistimiento empresarial y por no superación del periodo de prueba.

La única excepción a una protección integral del embarazo, aplicable a despidos y desistimientos vendría dada “por la concurrencia debidamente acreditada de una causa laboral que justifique el cese en periodo de prueba o de una causa disciplinaria que determine la procedencia del despido en los casos regulados por el artículo 55 del ET.”<sup>138</sup>

Tras la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, asunto Porrás Guisado, el ordenamiento español requería de una reforma urgente para acomodarse al ordenamiento de

---

<sup>137</sup> b) Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

<sup>138</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/2013

la UE. La reforma por el RDL en el art. 53.4 ET es de gran trascendencia porque establece la necesidad de que en todos los despidos individuales <sup>139</sup> se especifique la causa de la amortización concreta del puesto ocupado por la persona afectada.

No solo sirve la STJUE dictada en el asunto Porras Guisado para el despido de las trabajadoras embarazadas, sino que termina con los problemas de indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se produjeron con la doctrina del TS.

La consecuencia de la nulidad de una extinción contractual en período de prueba en base al artículo 14.2. 2º del TRLET supone condenar a la readmisión de la trabajadora embarazada y el pago de los salarios correspondientes. No cabrá una indemnización por los daños y perjuicios, que sólo puede acordarse cuando la impugnación se haya planteado a través de la vía de tutela ordinaria alegando vulneración del derecho a la no discriminación por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales.

Para salvar la situación se ha propuesto la acumulación en la demanda de dos pretensiones, por un lado, la nulidad por discriminación aportando los indicios necesarios para generar la presunción de lesión del derecho fundamental; que en caso de prosperar comportaría la declaración de nulidad y el reconocimiento de una indemnización.

Por otro lado, aun cuando no concurriera móvil discriminatorio alguno, en caso de que el despido no estuviera debidamente justificado el mismo sería calificado como nulo, por operar la nulidad objetiva, con independencia de su conocimiento por parte de la empresa y al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio, dado que en el supuesto de mujeres gestantes no cabe la calificación de improcedente del despido, por aplicación del artículo 108.2 letra b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La consecuencia principal del despido declarado nulo, de conformidad con el artículo 113 de la Ley 36/2011 y del apartado 6 del artículo 55 del ET, es la de la inmediata readmisión de la trabajadora embarazada con el abono de los salarios de tramitación, esto es, los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido declarado nulo hasta la efectiva readmisión.

Además, el empresario tiene obligación de volver a dar de alta a la trabajadora embarazada en la Seguridad Social con fecha de efectos del día del despido, puesto que el

---

<sup>139</sup> No solo de las trabajadoras embarazadas.

tiempo que transcurre entre el despido y la readmisión es tiempo cotizado, debiendo la empresa abonar las correspondientes cotizaciones con los recargos correspondientes.

También pueden condenar a la empresa al abono de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales (discriminación por razón de sexo), siempre y cuando la nulidad del despido sea consecuencia de una decisión empresarial discriminada. La viabilidad de la condena indemnizatoria por los daños morales se asume cuasi de forma automática, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, bastando para ello con que el demandante cite como criterio orientador el 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, pero debiendo ser suficiente el importe no solo para la reparación íntegra del daño, sino, además, para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. La indemnización también podría incluir los daños materiales que la trabajadora pudiera demostrar.

## 5. CONCLUSIONES

Primera:

En el ámbito laboral el derecho a la igualdad propio del estado social no es completamente efectivo, pues las mujeres sufren un doble riesgo discriminatorio; por ser mujer y estar embarazadas principalmente ante un despido por causas empresariales, en España son más de 60000 mujeres las que pierden su empleo a causa de la discriminación directa por razón de sexo por embarazo o maternidad.

Con el presente trabajo se pretendía analizar si la especial protección de la que gozan las trabajadoras en estado de gestación es suficiente frente al despido por causas empresariales o se requiere una protección mayor pese a la gran evolución tanto normativa como jurisprudencial.

Se tiene la creencia de que la mujer embarazada no puede ser despedida, pero no es correcto ya que el despido será lícito siempre y cuando no esté relacionado con su estado de gestación y se cumplan los requisitos legales y constitucional del procedimiento.

Existen varios preceptos legales que protegen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo como el artículo 14 CE y artículo 9.2 CE que establece la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva.

En el ámbito laboral el artículo 53.4 b) y 55.5 b) protegen con la calificación de nulidad en caso de despido de la trabajadora embarazada instaurados en nuestro ordenamiento a partir de la entrada de Directivas 96/34/CEE y 92/85/CEE y los Convenios de la OIT.

Segunda:

El conflicto surge al determinar si todos los despidos por embarazo son nulos de pleno derecho o si es necesario que el empresario conozca el estado de gestación de la mujer para poder declarar a la nulidad del despido.

La protección inicial se consigue con la nulidad por causa discriminatoria, para la cual será necesario que la empresa conozca el rasgo que motiva la discriminación, la conocida como “prueba de indicios”, donde el TC actúa con “un control bifásico” por un lado, la demandante ha de probar un panorama indiciario de una situación discriminatoria en el despido, no basta con la vulneración del artículo 14 CE, sino que hay que aportar elementos en conexión con el trato discriminatorio. Cuando ya el TC entiende que existe una prueba suficientemente indiciaria, se da la inversión de la carga de la prueba y será el empresario el

que tenga que demostrar que su decisión es ajena a cualquier trato discriminatorio y la segunda vía de protección es la nulidad objetiva al margen del móvil discriminatorio.

Con la ley 39/1999 se modifican los artículos 53.4 sobre el despido objetivo y 55.5 sobre el despido disciplinario del ET introduciendo en este último un apartado b) con un supuesto de protección privilegiada, donde el despido de la trabajadora embarazada será nulo desde la fecha de inicio del embarazo hasta la finalización de este, excepto que sea declarado procedente por otras razones.

Se trata de la nulidad objetiva y automática en la que la trabajadora embarazada no tiene porqué alegar indicios en la demanda, ya que el conocimiento podría atentar contra su dignidad, esta es asentada en nuestro ordenamiento a raíz de la STC 92/2008 21 de julio que alega la vulneración del art.14 CE y art 24 CE rompiendo con la doctrina de las sentencias anteriores basadas en la necesidad del conocimiento por parte del empresario.

Tercera:

La garantía de la prioridad de la trabajadora embarazada en la empresa se matiza con la sentencia del TJUE, que no obliga a los Estados miembros a establecerla, ni tampoco el supuesto de recolocación en otro puesto de trabajo tras el despido colectivo, salvo lo que se pueda acordar en período de consulta con los representantes de los trabajadores, por lo que no se contempla legalmente la prioridad de permanencia.

Solamente en el art. 51 ET establece la posibilidad de ampliar las preferencias, por la vía convencional de forma concreta fruto de negociación colectiva o acuerdo en periodo de consultas, para otros colectivos entre los que se menciona “trabajadores con cargas familiares”.

Cuarta:

La STJUE de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/16) conocido como caso Porrás Guisado, es una de las sentencias destacadas, ya que el TSJ de Cataluña decide solicitar ante el TJUE que se le conteste a las varias cuestiones prejudiciales y se interprete la prohibición de despido de una trabajadora embarazada afectada por un despido colectivo.

En base a la igualdad entre hombres y mujeres, se entiende que toda mujer incluso en estado de gestación puede ser incluida en el marco de un despido colectivo, siempre y cuando su inclusión no responda a razones inherentes a su estado, en base al art. 10.1 de la Directiva 98/59, es decir no se puede emplear el estado de gestación como factor de diferenciación y

discriminación, ya que está completamente rechazado por nuestro ordenamiento y por la normativa comunitaria.

Con la trasposición del art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE se modifica el artículo 55.5 ET que busca establecer una doble línea de protección, es decir una prohibición de despedir o tutela preventiva, que permite el despido en casos excepcionales no inherentes a su estado recogidos en la legislación tras un acuerdo de la autoridad competente y una vía de protección o tutela reparativa limitándose a establecer únicamente en concepto de reparación cuando se dé la nulidad de ese despido.

La legislación española se opone a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Directiva 1992/85/CE cuando no prohíbe con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, según lo establecido en el artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59. Será el órgano jurisdiccional nacional el responsable de apreciar ese “caso excepcional”.

Por lo tanto, la legislación española no recoge una protección suficiente de las trabajadoras embarazadas frente al despido, ya que solo menciona expresamente que un despido ilegal es nulo de pleno derecho, ofrece una tutela reparativa más que una tutela preventiva, no cumpliendo con los requisitos de la directiva al no contemplar la prohibición de despido de la trabajadora embarazada que podría suponer una discriminación directa por razón de sexo.

Quinta:

En relación con la comunicación o preaviso en la carta de despido de la trabajadora embarazada el TJUE afirma que el artículo 10.2 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de la tutela preventiva, por lo que se permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, sin comunicarle más motivos que los que justifican y requiere ese despido colectivo, solo en supuestos excepcionales no inherentes a su estado, siempre y cuando se indiquen por escrito los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados recogidos en el artículo 53.1 ET, siendo necesaria por tanto una motivación debidamente justificada y por escrito, ha de señalar la causa si era idónea, razonable y proporcionada.

Pese a ello según el TSJUE es compatible con la Directiva una ley nacional que permita a la empresa despedir a una embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos seguidos para designar a los trabajadores afectados. Si el embarazo hubiese

sido la razón de su despido, nos encontraríamos ante una decisión empresarial “incompatible” y prohibida siendo un despido nulo al tener en nuestra legislación una tutela reparadora.

Sexta:

Con la reforma del RDL 6/2019 se da un paso adelante en la protección de las trabajadoras embarazadas frente a la extinción contractual durante el período de prueba y viene a corregir un previo posicionamiento jurisprudencial, a efectos de tutela antidiscriminatoria se equiparan con el despido por el artículo 10 Directiva 92/85/CEE, el TJUE entendió que la tutela antidiscriminatoria se extiende también en las relaciones temporales, recogido en el art.14.2 y 3 gracias a la protección reforzada a través de la denominada “nulidad objetiva y automática”.

La parte empresarial está obligada a comunicar por escrito con especificación de causa motivadora las extinciones adoptadas durante el período de prueba que afecten a trabajadoras embarazadas, a las que hayan dado a luz o en lactancia siempre que se tenga conocimiento de tal estado.

Séptima:

Estas normas han supuesto un gran avance, pues se ha pasado de una situación en que la mujer embarazada podía ser despedida sin protección adicional a la que deriva del despido improcedente, a considerarse la nulidad de la extinción laboral con la legislación de 1999 y las reformas del ET pese a ello no se ha conseguido erradicar esta práctica.

Como conclusión final a este TFG resulta que ha sido Europa, la OIT con sus convenios y recomendaciones quien ha influido en la mayor parte de nuestro ordenamiento jurídico a través de los cuales el legislador español ha querido ampliar sus contenidos mínimos para poder ofrecer una mayor protección a la trabajadora embarazada aplicada posteriormente gracias a las sentencias del TC y del TS y sus afirmaciones sobre la calificación de nulidad de los despidos.

Como matiza el TS en la STS 20 julio 2018 en relación con la doctrina Bankia se necesitaría que el legislador buscara incluir un nuevo precepto específico sobre el contenido formal de la comunicación individual del despido derivado del artículo 51 ET , ya que el artículo 53.4 ET exige que se indiquen los motivos concretos por los cuales se extingue la relación laboral, si contáramos con unas normas garantistas que eviten el despido de la trabajadora embarazada sobre todo ante la eventual discriminación encubierta, ya que en recientes

sentencias del TSJ de castilla y león 28 mayo 2018 cabe declarar la nulidad por insuficiencia en la comunicación otorgando así una protección más garantista debido a que no se encuentra recogido ese precepto formal legalmente.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL. JOAN: la mayor exigencia informativa en la comunicación de despido por causas objetivas y en la justificación de la concreta afectación individual (ex art 53.4ET) Revista-Social-enero-2020-26. Pendiente de publicación en la revista “Actum “editorial Lefebvre Págs. 25- 34

BALLESTER PASTOR.MA: El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Valencia. doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763>

BEL ANTAKI. Jennifer ¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo? Comentario a las SJS nº 33 de Barcelona de 17 de diciembre de 2012 (ponente Ilmo. Joan Agustí Maragall) y STSJ Catalunya nº 7833/2013, de 29 de noviembre (ponente Ilma. M.<sup>a</sup> Mar Gan Busto). IUSLabor 1/2014

BENAVIDES VICO, Antonio. Guía práctica del despido colectivo y del ERTE. Valencia: Tirant lo Blanch 2020

BODAS MARTIN, R. (2016) La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. La documentación pertinente en los despidos colectivos. Lan Harremanak, 35, Tomo II, pág. 113-149

CONDE-PUMPIDO TOURÓN M.<sup>a</sup> TERESA. La discriminación por embarazo o maternidad: aplicación y aportaciones de la ley organiza 3/2007. Magistrada de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. A Coruña. Galicia.

ELORZA GUERRERO. FERNANDO. La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Universidad de Pablo de Olavide. Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio. TEMAS LABORALES núm. 98/2009. Págs. 239-248.

ESTEBAN MIGUEL. A: Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas. RJUAM, N.º 26, 2012-II, pp.55-79

FERNÁNDEZ LÓPEZ.MF: Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla. TEMAS LABORALES núm. 79/2005. Págs. 11-68.

GIL Y GIL. JL (2007). Capital humano. *El despido en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 214(octubre), 134–135. <http://pdfs.wke.es/3/0/9/8/pd0000013098.pdf>.

GIL Y GIL. JL: El despido en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Capital humano nº 214 octubre 2007 pág. 134-135

GODINO REYES, Martín. Tratado de despido colectivo. valencia: Tirant lo Blanch 2016

GOERLICH PESET, José María. *Derecho del trabajo*. valencia: Tirant lo Blanch 2020

GUTIERREZ COLOMINAS. D: La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. realizada por D. Ángel Blasco Pellicer

GUTIERREZ COLOMINAS.D: La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad. ponencia “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo.” D. Ángel Blasco Pellicer.

MOLERO MANGLANO.C: Manual de derecho del trabajo. valencia. Tirant lo Blanch 2017. Pag 749-780

MUNIN SANCHEZ, L.M (2012) Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en los despidos objetivos y colectivos. Revista jurídica de la facultad de derecho de la Universidad de Coruña (AFDUC), 16, pág. 139-149

MUNIN SANCHEZ, L.M (2014) La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo, AFDUC 18, 2014, ISSN: 1138-039X, pp. 257-272

MUNIN SANCHEZ. L (2009) Nulidad del despido durante el embarazo a propósito de una sentencia de la sala de lo social del tribunal supremo de 17 de octubre de 2008. AFDUDC, 13, 2009, 947-949

NOGUEIRA GUASTAVINO .M: La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 73. Pag 171- 204.

NOGUEIRA GUASTAVINO. M (2012). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente. Lan Harremanak/25 (2012) (19-52)

PASTOR MARTINEZ, A: «Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º 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». *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2019, n.º 1, pp. 187-09, <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.03> [Consulta: 4-03-2021].

POQUET CATALÁ Raquel. Inexistencia de evaluación de riesgos específica de los puestos de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia y discriminación por razón de sexo. *Revista Internacional y Comparada de relación laborales y derecho de empleo*. Volumen 6, núm. 3, julio-septiembre de 2018. Págs. 172-195.

RODRIGUEZ COPE. M<sup>ª</sup>L: Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial ¿con efectos perversos? Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2009. TEMAS LABORALES núm. 103/2010. Págs. 209-218

RODRIGUEZ COPE. M<sup>ª</sup>L: Trabajadoras embarazadas t despidos nulos: presunción “iuris et de iure” del móvil discriminatorio ¿En todo caso? Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 2007. TEMAS LABORALES núm. 96/2008. Págs. 229-239

SALA FRANCO. T: La extinción del contrato de trabajo. Valencia. Tirant Lo Blanch 2020. Pag 223-271

SANCHEZ TRIGUEROS. C: Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres. Pag 187-198. Pág. 247-267. Pag Colección de derecho del trabajo y seguridad social. Agencia estatal. Boletín oficial del estado. Madrid 2018.

SOLA I MONELLS. X: 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 (IUSLabor 1/2020) p. 13-38.

TORMOS PEREZ. JA: La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo. *Labos*, Vol. 1, No. 3, pp. 121-150 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5777>

VALDES DAL-RE.F. “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación” *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1999.

VELASCO PORTERO. M.<sup>ª</sup>: Nulidad de despido colectivo que afecta a personas con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información

sobre los criterios de selección. STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018. TEMAS LABORALES núm. 144/2018. Págs. 197-210

VIERA ALVAREZ. C: la nulidad del despido de mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del TC y TS español

### **Normativa**

Constitución Española 1978, (BOE de 29 de diciembre de 1978)

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. (DOUE 28 de noviembre de 1992)

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 71, de 23 de marzo de 2007).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.

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.

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

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 (BOE 255, de 24 de octubre de 2015).

### **Web**

<https://www.mariscal-abogados.es/las-empresas-podran-incluir-mujeres-embarazadas-en-el-despido-colectivo/>

<https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/criterios-de-preferencia-y-seleccion-de-trabajadores-en-los-supuestos-de-extincion-del-contrato-por-causas-colectivas-yu-objetivas/>

<https://conflegal.com/20170914-segun-una-abogada-general-del-tjue-un-despido-colectivo-no-siempre-permite-despedir-a-una-embarazada/>

<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/un-despido-colectivo-no-siempre-puede-considerarse-un-caso-excepcional-que-permita-despedir-a-una-embarazada/>

<https://www.unive.es/342->

<especial-proteccion-en-el-ambito-laboral-de-las-mujeres-embarazadas.html>

<https://www.luquez-associats.com/blog/tiene-prioridad-de-permanencia-una-trabajadora-embarazada-en-un-despido-colectivo#:~:text=De%20este%20modo%2C%20en%20el,otro%20puesto%20de%20trabajo%20adecuado.>

<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/1421-las-trabajadoras-embarazadas-despididas-deben-disfrutar-de-una-tutela-judicial-eficaz-de-los-derechos-que-el-derecho-comunitario-les-confiere/>

actualidad jurídica Aranzadi núm. 939- 22 de marzo de 2018  
[file:///C:/Users/Paula/Downloads/AJA\\_Cesar%20Navarro\\_Despido%20colectivo%20y%20trabajadoras%20embarazadas.pdf](file:///C:/Users/Paula/Downloads/AJA_Cesar%20Navarro_Despido%20colectivo%20y%20trabajadoras%20embarazadas.pdf).

Conclusiones de la abogada general Sra. Eleanor Sharpston de 14 de septiembre de 2017, (Asunto C-103/16). Disponibles:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194440&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=121729>

## **Jurisprudencia**

### **Juzgado de los social**

SJS nº 33 de Barcelona de 17 de diciembre de 2012 339/2013. Recurso número 679/2013.

### **Audiencia nacional**

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 138/2013, de 28 de junio (Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Carolina San Martín Mazzucconi, caso Panda Security). (FFJJ Quinto).

### **Tribunal Constitucional**

STC núm. 166/1988 de 26 de septiembre de 1988 (FJ 2)

STC núm. 109/1993 de 25 de marzo de 1993

STC núm. 127/1994 de 5 mayo de 1994

STC núm. 136/1996

STC núm. 240/1999 de 20 de diciembre de 1999 (FJ 7)

STC núm. 17/2007, de 12 de febrero

STC núm. 92/2008, de 21 de julio

STC núm. 124/2009, de 18 de mayo

STC núm. 173/2013, de 10 de octubre

### **Tribunal supremo**

STS sala de la social núm. 802/2018 de 20 de julio de 2018,

### **Tribunal superior de justicia**

STSJ Cataluña nº 7833/2013, de 29 de noviembre. Recurso número 2718/2013.

STSJ de Cataluña nº 2520/2018, de 26 de abril de 2018, sala de lo social rec. nº3002/2015.

### **Tribunal de justicia de la Unión Europea**

STJUE ECLI:EU:C: 2001:509. Asunto Jiménez Melgar, C-438/99 de 4 de octubre de 2001.

STJUE Sala Tercera Asunto C-460/06, de 11 de octubre de 2007 (Caso Paguay. Apartado 29. TJCE 2007, 270).

STJUE Asunto C-506/06 de 26 de febrero de 2008 (Caso Mayr. Apartados 33 y 46; 36).

STJUE, Sala Segunda Asunto C-232/09 de 11 de noviembre de 2010 (Caso Danosa. Apartados 59, 66 y 67. TJCE 2010, 339).

STJUE Asunto C-403/16 Sala Tercera, de 22 de febrero de 2018.

STJUE asunto nº c-103/16 de 22 de febrero de 2018.