



FACULTAD DE DERECHO

**LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES EN EL DESPIDO
COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL
ESPAÑOL**

Autor: Jorge Parreño Villanueva

5º E-3 C

Derecho Laboral

Director: Dolores Carrillo Márquez

Madrid

Abril 2018

RESUMEN

El presente estudio trata de proporcionar una imagen actualizada de la elección de trabajadores en el despido colectivo, y, concretamente, a través del análisis de la Directiva 85/92/CEE, se ahonda en la situación de vulnerabilidad de las trabajadoras embarazadas. Para una mayor comprensión del tema, se abordarán tanto los derechos del empresario, como los propios de todo trabajador, concretándose los límites que tienen que respetar los empresarios a la hora de seleccionar un trabajador en un despido colectivo. Consecuentemente, se realizará un análisis individualizado de supuestos concretos de vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación en la elección de trabajadores en el despido, finalizando con un estudio de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero que resuelve el caso de Jessica Porrás Guisado contra Bankia (asunto C-103/16), donde se concretará la posición que tienen las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo.

PALABRAS CLAVE: Despido Colectivo, prioridad de permanencia, igualdad, discriminación, maternidad, embarazadas.

ABSTRACT

The present study tries to provide an updated image of the choice of workers in the collective dismissal, and, specifically, through the analysis of the Directive 85/92 / CEE, it is deepened in the situation of vulnerability of the pregnant workers. For a better understanding of the subject, both the rights of the employer and those of the employees will be addressed, specifying the limits that employers must respect when they select a worker in a collective dismissal. Consequently, an individualized analysis of specific cases of violation of the right to equality and non-discrimination in the election of workers in the dismissal will be carried out, ending with a study of the judgment of the Court of Justice of February 22 that resolves the case of Jessica Porrás Guisados against Bankia (case C-103/16), where the position of pregnant workers in a collective dismissal will be specified.

KEYWORDS: Collective dismissal, priority of permanence, equality, discrimination, maternity, pregnant women.

INDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. CONCEPTO Y REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO.....	7
2.1. EL PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO COLECTIVO.....	10
2.1.1. <i>Fase inicial: comunicación empresarial.</i>	11
2.1.2. <i>El período de consultas.</i>	11
2.1.3. <i>La fase final.</i>	12
3. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UN DESPIDO COLECTIVO.	12
3.1. DERECHO DE LOS TRABAJADORES Y EMPRESARIOS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	13
3.1.1. <i>Derechos del empresario: Libertad de empresa, poder de dirección y el ius variandi</i>	13
3.1.2. <i>Derechos inespecíficos del trabajador</i>	15
3.2. LIMITES EN LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES	16
3.2.1. <i>Criterio de asimilación de empresa y centro de trabajo.</i>	18
3.2.2. <i>Prioridad de permanencia en la empresa a favor de determinados trabajadores en caso de despido colectivo.</i>	20
3.2.2.1. <i>La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores.</i>	21
3.2.2.2. <i>La prioridad de permanencia previstas en los convenios colectivos o acuerdos de consultas.</i>	23
3.2.3. <i>Criterio por razón de grupo o categoría profesional.</i>	24
3.2.4. <i>Criterio de antigüedad.</i>	25
3.2.5. <i>Criterio de productividad laboral o rendimiento.</i>	27
3.2.6. <i>Criterio de absentismo.</i>	28
3.2.7. <i>Criterio de polivalencia y formación.</i>	28
3.2.8. <i>Criterio de la evolución del desempeño.</i>	29
3.2.9. <i>Criterio de idoneidad y grado de satisfacción.</i>	30
3.2.10. <i>Criterio de adhesión voluntaria.</i>	30

4. ANÁLISIS DE SUPUESTOS CONCRETOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACION EN LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES EN EL DESPIDO	30
4.1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD	32
4.2. LA DISCAPACIDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN	35
4.3. DERECHO A LA IGUALDAD: NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO	38
4.4. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	39
4.5. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL.....	42
5. DIRECTIVA 92/85/CEE. PROTECCIÓN A LA MUJER EMBARAZADA..	44
6. CONCLUSIONES.....	52
7. BIBLIOGRAFIA	55

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de Trabajadores
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LOI	Ley Orgánica para la Igualdad
R.D.	Real Decreto
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad autónoma de Madrid
RPS	Revista Proyección Social
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende analizar la elección de trabajadores en el despido colectivo, tema de máxima actualidad tras la crisis económica experimentada en los últimos años. Es indudable que la recesión ha provocado que numerosas empresas se hayan visto obligadas a destruir empleo mediante despidos colectivos, alcanzando su punto álgido en el año 2012 con 82.876 afectados¹.

Este estudio se centra en la confrontación que suscita las facultades concedidas al empresario por la normativa para seleccionar a los trabajadores afectados por un despido colectivo y su posible colisión con la delimitación de los derechos fundamentales recogidos tanto en la Constitución española, piedra angular del ordenamiento jurídico español, como en el R.D. Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

Con tal fin se analiza la figura del despido colectivo, comenzando por su ámbito conceptual, apoyado con un breve repaso a la normativa vigente en la materia, así como el estudio de la jurisprudencia que ha ido definiendo y delimitando el contenido normativo. Posteriormente, se ha abordado el procedimiento de despido colectivo, describiendo sus fases, poniendo el foco en la selección de los trabajadores afectados y, enumerando los límites que la empresa o centro de trabajo deberá de observar a la hora de ejercer su libertad de empresa. Es preciso indicar que el estudio sólo se ha desarrollado en el ámbito del sector privado, renunciando al análisis del despido colectivo en el ámbito público o de las Administraciones públicas, con el único fin de hacer un análisis e investigación del ámbito que me ha resultado más atractivo y para no extender el análisis innecesariamente.

Finalmente, se ha expuesto, como ejemplo significativo de la confrontación expuesta, el caso de una empleada de Bankia, que fue despedida en noviembre del año 2013, en el marco de un despido colectivo de la entidad, estando embarazada.

¹ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. “Estadísticas de regulación de empleo, empresas, procedimientos y trabajadores afectados por despidos colectivos”, 2015. Disponible en: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/reg/Reg16Ene-Dic/Resumen%20de%20resultados.pdf>

2. CONCEPTO Y REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO.

El Estatuto de los Trabajadores fue promulgado mediante la Ley 8/1980, de 10 de marzo, texto legal que ha sido modificado en diversas ocasiones a lo largo de los años.

Posteriormente, en el artículo 51 del R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET, publicado en el BOE de 29 de marzo, y que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, se recogió el procedimiento a seguir frente a un despido colectivo. Dicho contenido ha sido modificado en varias ocasiones, si bien los cambios más relevantes se dieron con la aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y con el R.D. 3/2012, de 10 de febrero, publicado en el BOE de 11 de febrero².

Posteriormente, mediante R.D Ley 11/2013³, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en la orden económica social (BOE de 3 de agosto de 2013.). Y por último por el R.D Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET.

Nos referiremos, en primer lugar, brevemente, al concepto y las causas del despido colectivo para entender el marco para la elección de los trabajadores.

El despido colectivo viene delimitado en el R.D. Legislativo 2/2015, anteriormente reproducido, y más concretamente en su artículo 51⁴, el cual establece que *“a efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:*

² El RDL 3/2012 ha sido transformado mediante trámite parlamentario en la Ley de 3/2012, de 6 de julio, publicada en el BOE de 7 de julio.

³ Posterior modificación con la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, BOE de 1 de marzo de 2014, y que entró en vigor el 2 de marzo de 2014.

⁴ 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. Publicado en BOE número 255 de 24 de octubre de 2015.

- a) *Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) *El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) *Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.*

El citado artículo define a continuación qué debe entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Como se puede apreciar, el núcleo de la definición que hace el artículo 51 de la institución se basa, principalmente, en la causa en la que el empresario se verá amparado para realizar un despido colectivo con el fin de ajustar su plantilla a una situación sobrevenida⁵, causas que constituyen la garantía contra el fraude de ley que supondría un uso inadecuado de la figura que el mismo artículo 51 del ET contempla.

Encabeza las causas de extinción de contrato por despido colectivo, el motivo económico. Esta causa nos sitúa en un contexto en el que, bien la empresa obtiene unos resultados negativos (que no tienen que ser necesariamente presentes, sino que es suficiente con que sean previsibles), bien sufre una disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas.

El propio artículo 51 determina qué se entiende por disminuciones de ingresos persistentes, fijando que los mismos deben repetirse en un plazo de tres trimestres consecutivos con respecto a los mismos trimestres que el año anterior.

Por un lado, hay que matizar que la disminución de ingresos debe obedecer únicamente a aquellos que provengan de la actividad principal de la empresa y sean reales pudiendo llegar a colocar, ante un riesgo inminente, a la entidad en una “situación desfavorable en su posición competitiva en el mercado”⁶.

También se recoge las circunstancias técnicas como causa para la extinción de contratos de trabajo, entendiéndose por tales las que concurren cuando se produzcan cambios, entre

⁵ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

⁶ Alcázar Ortiz, S., *El Despido colectivo en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2015, pp.85-107.

otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. Los supuestos más reconocidos por la jurisprudencia son el cambio de maquinaria⁷ que mejore el rendimiento y la productividad del ciclo de explotación de la empresa y disminuye la mano de obra, la mejora o reestructuración de instalaciones⁸ o la informatización de oficinas centrales⁹.

En cuanto a las causas de tipo organizativo, comprende las modificaciones en los métodos de trabajo del personal, obteniendo una mayor eficiencia y viabilidad que provoca la necesidad de reducir trabajadores en plantilla. Dado que la relación entre las diferentes causas se hace evidente, puede ocurrir que concurren simultáneamente las circunstancias organizativas y las técnicas o económicas, derivando una de las otras. En estos casos, si se dan en el mismo supuesto, se podrá justificar cualquiera de ellas.

Finalmente, se alega como causa la de producción, que se produce cuando se presentan variaciones negativas significativas en la demanda de bienes o servicios que la empresa comercialice. La baja demanda pondría de manifiesto la necesidad de reducir plantilla para ajustar a las necesidades reales de producción “para evitar o prevenir una situación de pérdidas económicas”¹⁰

Una vez referida la regulación del despido colectivo, se puede afirmar que cumple tres funciones básicas:

1. Evitar que el empleador rescinda contratos de trabajo con arbitrariedad, sin más consideración que la capacidad que, en un primero momento, le puede conferir la Ley con respecto a la rescisión de los contratos de trabajo que le atañen¹¹. Por ello, el artículo 51 del ET ha establecido las causas ya analizadas en el punto anterior, como motivo de un despido colectivo, añadiendo un plazo y un número de contratos de trabajos que puede rescindir dependiendo del volumen de empleo de la empresa.

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 16 de mayo de 2007 (*Jurisprudencia Aranzadi* 2008-26048)

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 14 de enero de 2002 (*Aranzadi Social* 2002-2381).

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de mayo de 2002 (*Aranzadi Social* 2002-2323)

¹⁰ Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008, p.260.

¹¹ Op. cit., p.44

Para que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción sea considerado como colectivo, además de que el período debe de ser de noventa días¹²¹³, se deben ver afectados un número determinado de trabajadores, teniendo en consideración la dimensión de la empresa, que viene determinada por el número de trabajadores ocupados en la misma. Nos volvemos a encontrar con un escollo a la hora de establecer si la dimensión de “unidad de cómputo”¹⁴ se refiere a la empresa en su totalidad o sería válida la referencia al centro de trabajo.

2. Como segunda función, se puede concluir que la regulación del despido colectivo ha buscado un mecanismo para que el trabajador quede, de algún modo, resarcido por el daño sufrido. En la ley se recogen las acciones¹⁵ que puede emprender un trabajador afectado por un despido colectivo en relación a la indemnización pecuniaria, tanto en el caso de que la empresa haya incumplido su obligación legal de pagar las indemnizaciones debidas, como en el caso de que existiera disconformidad con la cuantía que la empresa haya establecido¹⁶.

3. Como última función, la regulación del despido colectivo ha desplegado medidas para que la empresa pueda ajustar su plantilla ante una situación adversa sobrevenida que se presente a lo largo de su vida económica, y así evitar un descalabro patrimonial que, en cierta medida, se pudiera evitar mediante la extinción de contratos de trabajo que ya no tienen ningún sentido en el ámbito de la productividad.

2.1.El procedimiento del despido colectivo.

Adelantar que se procederá a realizar un análisis descriptivo introductorio, y no en profundidad, del procedimiento del despido colectivo. Esto se debe a que el objeto principal de nuestro estudio se centra en la elección de los trabajadores en un despido

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 23 de abril de 2012 (*Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* 2012-8524)

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2013 (*Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi* 2013-2851)

¹⁴ Mercader Uguina, J.R., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 25-26.

¹⁵ Artículo 15.1 del 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.

¹⁶ Alcázar Ortiz, S., *El Despido colectivo en la empresa*, cit. p.300.

colectivo, pero es necesario referirse mínimamente a dicho procedimiento para que se entienda bien la elección de los trabajadores, ya que no seguir el procedimiento determina la nulidad del procedimiento¹⁷.

2.1.1. Fase inicial: comunicación empresarial.

La fase inicial viene regulada en el artículo 51.2 del ET que ha sido desarrollado por el artículo 2,3,4 y 5 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por R.D 1483/2012, de 29 de octubre, que indica la documentación específica y exhaustiva que debe de acompañar al escrito de iniciación.

El momento inicial viene regulado por la comunicación, la cual, debe de especificar las causas en las que se argumenta el despido colectivo, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, el período previsto para la realización de los despidos y los criterios para la selección de los trabajadores que se proponen para extinguir sus contratos. Dichos criterios serán declarados nulos cuando el empresario no presente la documentación exigida¹⁸.

2.1.2. El período de consultas.

Esta fase tiene por objeto el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Por ello, en dicho período debe de darse, como mínimo¹⁹, las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante medidas como un plan de recolocación externa gratuito para los trabajadores afectados por el despido colectivo²⁰.

¹⁷ Albiol Montesinos, I. (Coord.), Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J. & Sala Franco, T., Derecho del trabajo. Tomo II. Contrato individual. Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002, p 625.

¹⁸ Op. cit. p 625.

¹⁹ Artículo 7.1 del RD 1483/2012, donde se establece el contenido mínimo del período de consultas.

²⁰ Artículo 9 del RD 1483/2012 y artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores que prevé dicho plan para aquellas empresas cuyo despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores y no esté en proceso concursal.

En esta fase adquiere un importante papel la autoridad laboral, ya que debe de recibir toda la información y documentación sobre el procedimiento del despido colectivo. Deberá analizar que dicho procedimiento se realice según los criterios establecidos legalmente.

2.1.3. La fase final.

Una vez finalizado el período de consultas, la empresa tiene la obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión tomada en torno al despido colectivo.

Dicha comunicación de la decisión debe de ser remitida en el plazo de 15 días a contar desde la última reunión realizada en el período de consultas. Si dicho plazo transcurre sin que la empresa haya comunicado su decisión, el procedimiento caducará y no podrá realizarse la extinción de los contratos de trabajo seleccionados.

Por otra parte, si la comunicación se ha realizado correctamente en tiempo y en forma, se deberá comunicar individualmente a cada trabajador afectado por tal decisión mediante una carta de despido donde deberá recogerse las causas que justifican la extinción del contrato de trabajo.

3. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UN DESPIDO COLECTIVO.

Nuestro sistema normativo, como se verá en el análisis posterior, parte de la premisa de la libertad de empresa y concede facultades al propietario de los medios de producción para realizar dicha selección. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, estando limitada por requisitos formales previstos en las distintas fases del procedimiento del despido colectivo, por los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores, por los criterios normativos de las preferencias de permanencia y los criterios jurisprudenciales de selección de trabajadores afectados por el despido colectivo. Todo ello con el fin de evitar una selección arbitraria y sin fundamento objetivo.

Por todo ello se puede afirmar que nos movemos entre dos parámetros: uno de máximos en los que el empresario tendría libertad para seleccionar a los trabajadores que verán extinguidos sus contratos por un despido colectivo; y otro de mínimos, por el que la legislación establecería un orden de prelación inalterable que el empresario deberá respetar.

Nos encontramos ante una realidad que oscila entre ambos parámetros, teniendo que mantener el equilibrio entre uno y otro, y éste será el tema a tratar en los siguientes apartados. Se buscarán posibles respuestas mediante el análisis de la legislación y jurisprudencia que determinen cual es la posición actual.

3.1.DERECHO DE LOS TRABAJADORES Y EMPRESARIOS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO

3.1.1. Derechos del empresario: Libertad de empresa, poder de dirección y el *ius variandi*

La facultad del empresario a la hora de designar a los trabajadores afectados por un despido colectivo deriva del ámbito de las facultades organizativas propias de la libertad de empresa.

La libertad de empresa está reconocida en el artículo 38 de la Constitución. No obstante, no es un derecho absoluto. Nuestro ordenamiento es un sistema “dualista”²¹ en el que la libertad de empresa no excluye la iniciativa económica pública y permite a los poderes públicos el intervencionismo y la limitación de los derechos privados.

En este marco, el empresario tendrá una doble facultad otorgada por el sistema jurídico: por un lado, establecer los criterios de selección del personal y, por otro lado, establecer los criterios de selección de los contratos de trabajos que debe extinguir.²²

²¹ Satrústegui Gil-Delgado, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 1994 pp. 397-400.

²² Op. cit. pp. 397-400.

No obstante, la empresa deberá de observar una serie de límites de distinta naturaleza con respecto a su poder de dirección, que determinará expresamente el ordenamiento jurídico laboral.

La sentencia del Tribunal Constitucional 127/1994 de 5 de mayo, ya mantuvo que *“la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado”*²³.

Por tanto, el empresario podrá ejercer la libertad de empresa a la hora de seleccionar el personal para extinguir el contrato laboral en caso de despido colectivo, si bien dicha libertad se podrá ver restringida.

Por ello, como límite a la facultad de selección del empresario, se han establecido unas preferencias legales (prioridad de permanencia) a favor de determinados colectivos, que será estudiado a continuación. Y, además, existen unos límites de selección de trabajadores que no gozan de dicha garantía de prioridad de permanencia, y que corresponden a hechos de naturaleza distinta²⁴.

En relación con la libertad de empresa es necesario mencionar, y explicar, aunque sea de manera breve el concepto de poder de dirección del empresario. Dicho concepto viene especificado en el artículo 20 del ET donde se explica que *“el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”*, por ello, y en tanto en cuanto dicho derecho del empresario, se puede sustraer que, de no existir, no podría generarse producción en la empresa²⁵. Por todo ello, se entiende que el poder de dirección del empresario *“tiene una doble dimensión, una general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y otro singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales).”*²⁶.

²³ Disponible y consultada en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5714>

²⁴ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

²⁵ Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid, Ed. Grapheus, 1992, pp. 136-137.

²⁶ Montoya Melgar, A., “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n 100, 2000, pp. 576-578.

Ahora bien, tampoco podemos hablar de la libertad de empresa sin hablar también del *ius variandi* el cual, viene delimitado en los artículos 39 a 41 del ET y se define como “*la facultad de alterar la prestación convenida o cualquiera de las condiciones de trabajo que la definen y delimitan*”²⁷. Esto supone que el empresario tendrá la libertad de poder modificar los contenidos de los contratos laborales de sus trabajadores, siempre que se tenga en cuenta las necesidades del negocio y no se modifiquen de forma arbitraria.

Por todo lo anteriormente expuesto, una primera conclusión en relación al ejercicio de libertad de empresa y el *ius variandi*, es que la designación de los trabajadores afectados, por un despido colectivo, debe de estar vinculada con la causa objetiva que la empresa determine en la comunicación inicial. Así pues, la decisión empresarial no podrá ser arbitraria ni incoherente, siendo controlada mediante una serie de formalidades que la empresa debe de observar.

Además, la decisión empresarial, ya sea bien en el cambio de las prestaciones laborales de un empleado o en la elección de trabajadores en un despido colectivo, deberá observar, en todo caso, los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores seleccionados, bajo una clara prohibición de trato discriminatorio.

3.1.2. Derechos inespecíficos del trabajador

En primer lugar y para poder definir conceptualmente los derechos inespecíficos debemos hacer alusión a la siguiente definición la cual determina que son los “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”²⁸.

Esta definición alude a números derechos que vienen regulados en la CE, los cuales son la igualdad y la no discriminación, la libertad ideológica y de religión, regulada en el

²⁷ 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

²⁸ Palomeque López & Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 11-12.

artículo 16 CE, el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen (art. 18 CE). También, nos encontramos con el derecho a secreto de comunicaciones y la protección de datos de carácter personal que vienen regulado respectivamente en el artículo 18.3 y 18.4. En cuanto al artículo 20 y 21 CE podemos encontrar la libertad de expresión, de información. Y al derecho de reunión. Y, por último, contamos con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la educación, los cuales vienen regulado en el artículo 24 y 27 CE.

Ahora bien, entre la multitud de derechos inespecíficos, que vienen regulados en la CE, este trabajo se centrara en el que viene regulado concretamente en el artículo 14 de la CE y, más concretamente, en el artículo 17 del ET, el derecho a la igualdad y a la no discriminación que, posteriormente, se examinará de forma más pormenorizada a través de diferentes casos, y es el derecho base que se sustentara el posterior análisis.

3.2.LIMITES EN LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES

El artículo 51.2 del ET establece una serie de formalidades que el empresario deberá cumplir a la hora de seleccionar los contratos a extinguir por el despido colectivo. En caso de no observar dichas limitaciones, el despido podrá quedar anulado en sede judicial. Precisamente su cumplimiento está vinculado a los fines del período de consulta mediante el cual, los representantes de los trabajadores, podrán evitar o reducir los efectos arbitrarios de la empresa.

Así pues, el ET establece que el procedimiento de despido colectivo se iniciará con la comunicación empresarial, remitiendo dicha comunicación a los representantes de los trabajadores y, simultáneamente, a la autoridad laboral. Dicha comunicación debe ser remitida con numerosa y concisa documentación con el único fin de que la empresa observe todas las garantías del procedimiento.

El propio artículo 51.2 del ET señala el contenido mínimo que debe de recogerse en la citada comunicación, que son:

- “1) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido.
- 2) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.

- 3) Número y clasificación profesional empleados habitualmente en el último año.
- 4) Período previsto para la realización de los despidos.
- 5) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- 6) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- 7) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.”²⁹

La documentación a entregar junto con el escrito de comunicación se desarrolla en los artículos 3,4,5 y 9 del R.D. 1483/2012.

Hay que destacar, en el ámbito de la documentación anexa a la comunicación, la memoria explicativa de las causas de despido que dependerá de la causa o causas en las que se debe de basar el despido colectivo. También destaca un plan de recolocación externa³⁰ cuando el despido colectivo afectase a más de cincuenta trabajadores, que se realizará a través de empresas de recolocación autorizadas.

En el caso de que el período de consultas finalice sin acuerdo, los criterios de selección de los afectados no pueden ser otros que los negociados en dicho período, por lo que la empresa no puede alterarlos a la hora de aplicarlos.³¹

A la hora de determinar los trabajadores afectados, la ley no establece un claro y determinante listado de los criterios que la empresa debe de observar.

El artículo 51.2 del ET obliga a la empresa, en el período de consultas, a comunicar por escrito, entre otros extremos, los criterios que ha tenido en cuenta para seleccionar a los trabajadores afectados por la empresa. Se debe de proporcionar la valoración que se ha

²⁹ 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. Publicado en BOE número 255 de 24 de octubre de 2015.

³⁰ Artículo 9 del RD 1483/2012 y artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores que prevé dicho plan para aquellas empresas cuyo despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores y no esté en proceso concursal.

³¹ Ginés Fabrellas, A. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”. *Revista doctrinal*, 3, n 14, 2010, pp.10-20

realizado para aplicar los criterios de selección, siendo inválida una mera enumeración o listado de circunstancias que puedan tenerse en cuenta o no.

En dichos criterios no puede aparecer discriminaciones ni decisiones arbitrarias por parte de la empresa. Ante la dificultad de determinar los criterios que han de tomarse como válidos y suficientes, la jurisprudencia ha sido la encargada de ponderar todas las circunstancias para pronunciarse sobre este hecho.³²

Por un lado, dependerá la validez de los criterios de la causa alegada por la empresa. Si la causa es organizativa, deberá de observarse una relación de causalidad con los trabajadores seleccionados. Si la causa alegada fuera por razones económicas, será suficiente que se controle la ausencia de discriminaciones por motivos ilícitos.³³

Por otro lado, para poder considerar como objetiva y proporcionada la decisión empresarial de selección de contratos afectados, habrá que atenerse a la negociación colectiva y a lo que indique la jurisprudencia según el caso concreto, pues si se estableciera una solución normativa cerrada, en muchos casos, no permitiría tomar en consideración circunstancias concretas en cada caso.

3.2.1. Criterio de asimilación de empresa y centro de trabajo.

Ya se ha visto como el artículo 51 del ET hace referencia al número de trabajadores afectados como uno de los criterios establecidos por el legislador a la hora de definir si estamos ante un despido colectivo o ante otro tipo de figura, como puede ser el despido objetivo o individual.

En ningún caso el legislador determina con exactitud si ese número de trabajadores se debe de tener en cuenta en relación a la empresa o al centro de trabajo donde se ha producido las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifica la extinción de los contratos de trabajo.³⁴

³² Ginés Fabrellas, A. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”. Cit. pp. 10-20

³³ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

³⁴ Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008, p.140.

Así pues, la Directiva 1998/59/CEE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos, se refiere al centro de trabajo como unidad de cómputo, mientras que el artículo 51.1 del ET establece como tal a la empresa.

El conflicto viene originado, principalmente, porque el artículo 1.1. de la citada Directiva determina que se tendrá en cuenta como unidad de referencia el centro de trabajo cuando en él presten servicio más de 20 trabajadores, si bien también reconoce en su artículo 5 que los Estados miembros pueden introducir un sistema más favorable a los trabajadores.

Como se puede observar, el concepto comunitario es flexible, permitiendo una interpretación según las circunstancias bajo las que se dé el despido colectivo. Sin embargo, ambos conceptos no son idénticos, ya que, por regla general, el centro de trabajo es una parte de la empresa. Y sería contrario a la seguridad jurídica alternar el centro de trabajo o la empresa como el lugar de referencia en relación al número de trabajadores que determinen el concepto de despido colectivo, eligiéndose uno u otro según las circunstancias en las que se produzca

Partiendo de la base de que la normativa nacional introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, el Tribunal Superior de Justicia³⁵ de la Unión Europea precisó que los Estados miembros deben de aplicar como unidad de referencia el centro de trabajo, salvo que el concepto de empresa sea más favorable a los trabajadores, nunca pudiendo suponer la reducción de la protección que les ampara. Esta sentencia significa un antes y un después en el despido colectivo, ya que los tribunales de los Estados miembros deben de interpretar el derecho interno de conformidad con las Directivas del Derecho comunitario.³⁶

Bajo la influencia comunitaria, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 848/2016, de 17 de octubre de 2016³⁷, ha determinado que debe considerarse como despido colectivo el que en un mismo centro de trabajo supere los umbrales del art. 51.1 del ET, sin necesidad de tomar a la empresa como unidad de

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 13 de mayo de 2015, (asunto C-392/13).

³⁶ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

³⁷ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7842318&links=&optimize=20161019&publicinterface=true>

referencia. Mediante esta sentencia, el Tribunal Supremos desestimó un recurso contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de mayo de 2015, que declaró la nulidad del despido de 12 trabajadores llevado a cabo en febrero de 2014 en un centro de trabajo donde trabajaban 77 personas, en una empresa que contaba con más de 3.000 empleados. Precisamente, el fundamento de la sentencia se basa en la ya mencionada Directiva Comunitaria.

Así pues, queda evidenciado el criterio interpretativo que mantiene la jurisprudencia en este sentido, decantándose por la interpretación de la Directiva, si bien se hace necesario un cambio legislativo que unifique el criterio a seguir para evitar una incertidumbre jurídica no deseada.

3.2.2. Prioridad de permanencia en la empresa a favor de determinados trabajadores en caso de despido colectivo.

A lo largo de este estudio se ha ido indicando que la prioridad de permanencia es el límite que más efecto tiene sobre la libertad de empresa, ya que su inclusión como colectivos con prioridad de permanencia supone una garantía legal en relación a la extinción de sus contratos de trabajo por un despido colectivo.

Como se verá a lo largo de este epígrafe, el ordenamiento jurídico interno sólo ha designado el privilegio legal de prioridad de permanencia a los representantes de los trabajadores. No se menciona expresamente ningún otro colectivo para que gocen de dicha protección, cediendo la posibilidad a las partes afectadas de establecer una prioridad de permanencia a favor de otros colectivos, o bien mediante convenio colectivo, o bien mediante acuerdo alcanzado en el período de consultas.

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 con especiales dificultades³⁸.

³⁸ Ginés Fabrellas, A. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”. *Revista doctrinal*, 3, n 14, 2010, p.10.

3.2.2.1. *La prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores.*

En consonancia con el artículo 51.5 del ET, su artículo 68.b) establece la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en la empresa, o bien, en el centro de trabajo, donde se produzca una extinción de contratos de trabajo por causas económicas o tecnológicas. Se consagra así que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, tienen la garantía de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores.

La prioridad de permanencia de este colectivo se reforzó mediante el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el R.D. 1483/2012, de 29 de octubre³⁹, ya que en su artículo 13.1 señala la prioridad de permanencia en la empresa con respecto de los demás trabajadores afectados por un despido colectivo.

Dicha prioridad de permanencia también abarca a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa, a los delegados de prevención y a los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención.

Se puede decir que forma parte de discriminación positiva del artículo 17.1 del ET, en virtud de la estabilidad necesaria que se requiere para llevar a cabo la función representativa⁴⁰. Los representantes de los trabajadores estarán presentes en la negociación del despido colectivo, por lo que esta protección dará más libertad a estos para poder efectuar cualquier medida que se considere oportuna para proteger y salvaguardar los derechos fundamentales del resto de los trabajadores afectados.

Por otro lado, el ámbito para ejercitar esa garantía será la empresa o el centro de trabajo, dependiendo del ámbito de actuación del trabajador. Si la representación de los trabajadores está limitada a un determinado centro de trabajo, la garantía de permanencia debe de limitarse a dicho centro de trabajo⁴¹. Por el contrario, si el trabajador formase

³⁹ Publicado en el BOE número 261, de 30 de octubre de 2012.

⁴⁰ Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988, p.235.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de marzo de 2013 (recurso 5356/2012).

parte de la comisión negociadora del despido colectivo, se reconocerá la garantía de permanencia a nivel empresa y no centro de trabajo⁴².

La garantía de permanencia de estos trabajadores no está limitada a una categoría profesional, sino que basta que existan puestos equivalentes al puesto garantizado para este colectivo. El empresario tiene la obligación de agotar todas las posibilidades para integrar al representante de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo, si no es posible en una misma categoría profesional, sí en un puesto equivalente al suyo o que cumplan la misma función. Si existe la posibilidad de recolocación del representante de los trabajadores, éste tendrá preferencia sobre cualquier otro que no lo sea.

Este hecho puede suponer una discriminación indirecta para el resto de los trabajadores que no sean representantes de los trabajadores. Puede ocurrir que inicialmente un trabajador no sea seleccionado para extinguir su contrato de trabajo por un despido colectivo y que, sin embargo, para reubicar a un trabajador con garantía de permanencia, tenga que ser incluido en dicha selección. El derecho a la prioridad de permanencia tiene eficacia exclusivamente respecto a aquellos trabajadores que se encuentran en las mismas circunstancias objetivas. Se trata de un daño colateral para asegurar dicha garantía, pues de otro modo, la empresa puede hacer uso su facultad a la movilidad⁴³ para seleccionar a este colectivo protegido.⁴⁴

No obstante, esta garantía no es absoluta, pues no se puede aplicar cuando desaparezcan todos los puestos de trabajo de una empresa o, en su caso, un centro de trabajo. En estos casos no hay alternativas de selección.

En cuanto al momento en el que se debe de aplicar la garantía de permanencia en la empresa, no es otro que cuando se lleva a cabo la extinción de la relación laboral. Esto significa que puede ocurrir que en el transcurso de tiempo que va desde el período de consultas hasta que se toma la decisión final, se nombre representante de los trabajadores a un miembro de la plantilla que, al inicio del proceso, no lo era. En estos casos, no se

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 31 de marzo de 2014 (recurso 62/2014).

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1439/2004).

⁴⁴ 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. 180-185

considerará que es una “aplicación retroactiva” de la garantía.⁴⁵ No podrá aplicarse, sin embargo, cuando sea nombrado representante un trabajador con posterioridad. Y la prioridad de permanencia se mantiene durante la vigencia del mandato representativo.

La garantía para este colectivo no puede ser alterada vía convenios colectivos, en los cuales sí se pueden fijar otros colectivos que gocen de esta garantía, pero no anulando la de los representantes de los trabajadores.

En el caso de que los criterios fijados por la empresa sean contrarios a las prioridades de permanencia, el despido se declarará nulo.

Por último, 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 trabajo⁴⁶, en virtud de sus facultades de dirección y organización.

3.2.2.2. *La prioridad de permanencia previstas en los convenios colectivos o acuerdos de consultas.*

No hay que olvidar que existen trabajadores que, por sus circunstancias personales o familiares, son más vulnerables en el caso de ser seleccionados en un despido colectivo, ya que tales circunstancias van a limitar o dificultar su reincorporación al mercado laboral⁴⁷. Esto es, existen colectivos que, si bien no tienen garantía de permanencia expresa en el ordenamiento interno, deben de ser especialmente protegidos.

Con este fin, el artículo 51.5. del ET determina que se puede establecer prioridad de permanencia de otros colectivos distintos a los representantes de los trabajadores, bien por vía de convenio colectivo, o bien mediante acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. El mismo artículo enumera, a modo de ejemplo, alguno de esos colectivos que deben de ser observados con cautela, como son los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o discapacitados. Este criterio también se recoge en el

⁴⁵ Valdés Dal-Re, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, cit., pp. 40-45.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 15 de febrero de 1994.

⁴⁷ Ginés Fabrellas, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, cit. pp. 89 a 92.

Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁴⁸, en su artículo 13.2.

3.2.3. Criterio por razón de grupo o categoría profesional.

A continuación, se expondrá el criterio por razón de categoría profesional el cual implica que la empresa puede adoptar, como criterio de selección de trabajadores afectados por el despido colectivo, la adscripción a los puestos de trabajo que resulten excedentes. Este criterio viene establecido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de mayo de 2013⁴⁹.

Si bien, el Tribunal Superior de Cataluña, en Sentencia de 13 de septiembre de 1994⁵⁰ estableció que “si un trabajador es trasladado a otro puesto de trabajo unos días antes de ser efectivo el despido colectivo, el puesto de trabajo a considerar a estos efectos es el que desempeñaba anteriormente y no el que ocupó durante unos días antes de recibir la carta de despido”, desde mi punto de vista, este criterio puede dar pie a que se vea fácilmente alterada la necesaria objetividad mediante una movilidad de su plantilla, teniendo la libertad de disponer de unos u otros alegando necesidades distintas, tales como la de producción u obra. En esta línea, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁵¹, en virtud de la cual se declara nulo el despido colectivo por insuficiencia de descripción y enumeración de la selección realizada por motivos de movilidad funcional.

En cualquier caso, la selección deberá de producirse dentro de cada grupo o categoría profesional⁵²

⁴⁸ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Publicado en BOE número 261, de 30 de octubre de 2012.

⁴⁹ Disponible aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-778-2013-tsj-madrid-sala-social-sec-2-rec-1481-2013-13-11-2013-13751101>

⁵⁰ Aranzadi Social 3493.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de noviembre de 2013 (Sentencia número 2338/2013). Disponible aquí: <http://www.abc.es/local-comunidad-valenciana/20131105/abci-documento-sentencia-201311051206.html>

⁵² Valdés 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*, n. 1, 1999, p. 91

Un segundo criterio válido y razonable es el de selección de los trabajadores adscritos al centro de trabajo afectado por la causa aludida en el escrito de comunicación inicial. Así pues, en Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 4 de febrero de 2015 (recurso número 41/2015), se ha determinado que no es necesario extender la causa a otros centros de trabajo. No obstante, el acuerdo de consultas podrá otorgar al empresario la libertad para poder ampliar los centros de trabajo y alcanzar la provincia, o bien reducirlo al ámbito más concreto de la causa extintiva, como puede ser un departamento o una tienda⁵³. Sin embargo, este criterio que, a primera vista, parece objetivo, puede esconder una intención discriminatoria, ya que un centro de trabajo puede dar pérdidas por circunstancias exógenas a la labor de los trabajadores, circunstancias tales como la localización o el estado de la economía. Por tanto, podría ser más conveniente extinguir los contratos de trabajadores si estos resultasen menos aptos.

3.2.4. Criterio de antigüedad.

Un tercer criterio planteado por la doctrina es la selección de trabajadores afectados por el despido colectivo por razón de antigüedad en la empresa⁵⁴.

La legislación no ha contemplado la posibilidad de un trato discriminatorio el hecho de seleccionar a los trabajadores por motivo de antigüedad en la empresa.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia ha encontrado dicho criterio como razonable y proporcionado, observándose con frecuencia en los acuerdos de consultas, bien atribuyendo una preferencia de permanencia al trabajador más antiguo, o viceversa⁵⁵.

En el primer caso, dicha preferencia se basa en un criterio de amortización de gastos de formación ya invertidos en los trabajadores más antiguos, así como un criterio de ahorro en las indemnizaciones. Desde un punto de vista económico, este criterio es, a todas luces, y razonable y proporcionado.

⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de diciembre de 2014 (recurso 1588/2014).

⁵⁴ Riera Vayreda, C., “La selección de los trabajadores en supuesto de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, Editorial CISS, *Tribunal Social*, n. 106, 1999, p. 16.

⁵⁵ Valdés Dal-Re, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, cit., p. 90.

En el segundo caso, esto es, que se de preferencia a los contratos de menos antigüedad, tiene una base de otros criterios más técnicos como son una mayor cualificación o proyección en la empresa. También puede tener base económica, seleccionando a los trabajadores más antiguos como los afectados por el despido colectivo, ya que, como regla general, los contratos con más antigüedad tienen una mayor carga social y salarial, como es el caso de los complementos y pluses por antigüedad.

En este punto es vital señalar que se está tratando un criterio de antigüedad y no de edad, siendo éste un criterio que se analizará más adelante. Por ello, si el criterio de antigüedad se basa en conceptos salariales, no se podrá asumir que es un criterio proporcional cuando se mantengan contratos cuyo coste económico se iguala o incluso supera al de los trabajadores afectados por criterios de antigüedad, ya que, en este caso, se vislumbra que al empresario le ha movido otros motivos que no se pueden asumir como proporcionales o no discriminatorios⁵⁶.

Non encontramos ante un terreno pantanoso, ya que la tendencia actual es utilizar el criterio de ahorro de costes y de una menor destrezas en el uso de nuevas tecnologías para prescindir de los trabajadores más antiguos. Lejos queda ya el denominado contrato de relevo y de jubilación parcial, reflejando el fracaso de su aplicación las estadísticas que indican que no han llegado a suponer ni el 0,08% del total⁵⁷.

En cualquier caso, el criterio de antigüedad sólo se entenderá que es válido si el empresario ha basado los motivos del despido colectivo en causas objetivas, entrando en terreno más ambiguo cuando se alegue causas de producción, organizativas o técnicas⁵⁸.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de octubre de 2010, (recurso 1613/2010).

⁵⁷ Disponible en:

https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/enero_2016/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_MES.pdf

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 23 de febrero de 2015, (recurso 32/2014).

3.2.5. Criterio de productividad laboral o rendimiento.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2013 (procedimiento 381/2012)⁵⁹ ha validado como motivo razonable el rendimiento laboral. En dicha sentencia, se argumenta que “es razonable y objetivo, puesto que permite mantener en plantilla a los trabajadores más productivos...y le permitirá acometer con mucha más eficiencia los nuevos avatares del mercado con una plantilla más reducida, pero más productiva...”.

Desde mi punto de vista, para alegar dicho criterio se debe de hacer un análisis de productividad individualizado y, aun así, no siempre es fácil *medir* el rendimiento de un trabajador o su productividad. Nos encontramos, en muchos casos, con una carencia absoluta de relación directa entre esfuerzo y rendimiento, ya que este último puede ser deficiente por muchas otras razones ajenas al trabajador, lo que puede producir una injusticia y, por ende, el empresario puede desvirtuar la proporcionalidad y validez de este criterio.

Sin embargo, las grandes empresas están introduciendo constantemente sistemas de medición objetivos, que, si bien no siempre son justos, sí permiten presentar datos abstractos ante un tribunal. Por poner un ejemplo, el Departamento de Recursos Humanos podrá medir el desempeño de la cajera de un hipermercado por el número de artículos que pasa por minuto por la caja. Sin embargo, no podrá medir el retorno que tiene en el cliente la amabilidad de la misma. Una cajera poco amable con el cliente puede provocar que éste no vuelva a comprar, pero sin embargo, el empresario podrá presentar una estadística libre de prejuicios al tribunal que justifique el despido de otro trabajador más lento pero que fidelice al cliente.

No obstante, el Tribunal Supremo⁶⁰ ha considerado el criterio de productividad como criterio de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo lícito y objetivo.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2014 (procedimiento 381/2012). Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-40-2013-an-sala-social-sec-1-rec-381-2012-11-03-2013-13765671>)

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 (3054/2013).

3.2.6. Criterio de absentismo.

El absentismo laboral se ha convertido en un verdadero problema para la productividad y competitividad de las empresas.

En diversas resoluciones judiciales se ha aceptado como razonable el absentismo como criterio de selección de contratos afectados por el despido colectivo. Es más, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶¹ ha determinado que es válido dicho criterio incluso en los casos de ausencias al trabajo justificadas.

Por su parte, la Audiencia Nacional ha profundizado en la validez de dicho criterio alegando que no hay vulneración del artículo 52.d) del ET en los casos en los que el absentismo se deba a enfermedades de larga duración, en cuanto que dicha selección deriva de una causa económica, técnica, organizativa o de producción.

No constituirá discriminación siempre que la enfermedad del trabajador seleccionado no sea de naturaleza incurable o que imposibiliten la integración en la vida laboral.

Por otro lado, no se considera válida la selección de trabajadores por absentismo como consecuencia de las actividades de representación legal de los trabajadores, maternidad, lactancia o parto.

En mi opinión, de todos los criterios comentados como válidos sea el menos humano, ya que perjudica a aquellos trabajadores que padezcan enfermedades crónicas, pero no del todo invalidante.

3.2.7. Criterio de polivalencia y formación.

El artículo 22.4 del ET recoge que “por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de septiembre de 2009 (Recurso 3041/2009).

grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo”.

La doctrina ha definido la polivalencia funcional como aquella realización indistinta y en diferentes puestos de trabajo, de cometidos de más de una especialidad, encuadrados en un mismo grupo, área o nivel funcional⁶².

El hecho de que el empresario opte por este criterio para seleccionar a los trabajadores que no serán afectados por el despido colectivo, parece razonable y objetivo. Si entendemos la polivalencia como la aptitud de un trabajador para realizar actividades o funciones de grupos o categorías profesionales distintas dentro de la empresa, se debe entender por razonable la conservación de dichos trabajadores.⁶³

No obstante, para evitar un uso de este criterio de manera torticera, se debe de poder constatar el hecho objetivamente⁶⁴.

3.2.8. Criterio de la evolución del desempeño.

Por evaluación del desempeño se entiende como “aquellas acciones o comportamientos observados en los empleados que son relevantes para los objetivos de la organización”⁶⁵. Es decir, es el proceso de valoración del grado en el que los trabajadores cumplen con lo esperado en su trabajo, así como los resultados de los que la empresa se puede beneficiar.

Nos encontramos ante un concepto que se basa en la subjetividad, por lo que es difícil asegurar una ausencia de arbitrariedad por parte del empresario. Solamente si la empresa utiliza técnicas de medición de desempeño previo a la causa de despido colectivo puede ser tomado como suficiente la selección por este criterio.

⁶² Alemán Páez, F., “La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales”. *Relaciones Laborales* nº10, 1994, p. 13.

⁶³ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 9 de julio de 2013, (Recurso 14/2013).

⁶⁵ Trillo Holgado, M.A., “La evaluación del desempeño: nuevas tendencias e implicaciones”. *Capital Humano* nº 150, 2001, p.67.

Desde mi punto de vista es un criterio con un claro componente subjetivo, pudiendo imaginar un fin de circunstancias subjetivas encubiertas para la evaluación por estas circunstancias.

3.2.9. Criterio de idoneidad y grado de satisfacción.

La RAE define idóneo como lo adecuado y apropiado para algo. La propia naturaleza de su concepto es tremendamente subjetivo y arbitrario. No se puede alegar que está vinculado a un criterio objetivo que sea suficiente para apreciar la adecuación, exclusión o inclusión de los afectados por un despido colectivo.

3.2.10. Criterio de adhesión voluntaria.

Es el criterio más obvio en cuanto a su validez y objetividad, ya que parece razonable que se seleccione prioritariamente a aquellos trabajadores que manifiesten una mejor predisposición para salir de la empresa⁶⁶, facilitando la reducción de daños provocadas por las consecuencias de inclusión en la selección de los contratos que se van a extinguir.

4. ANÁLISIS DE SUPUESTOS CONCRETOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACION EN LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES EN EL DESPIDO

El derecho a la libertad de empresa no es el único derecho observado por nuestra Constitución. Por lo tanto, a la hora de ejercerlo, el empresario podría verse limitado por otros derechos igual de legítimos que los suyos, generalmente ostentados por los propios trabajadores.

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (procedimiento 79/2014).

Estos derechos que limitan la actuación del empresario, también vienen recogidos en el artículo 4 y el artículo 17.1 del ET donde el legislador aclara la nulidad de los despidos que deriven de “situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”.

Hay diversos textos normativos que regulan la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, tanto a nivel nacional como europeo. Una muestra es la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o la Ley 62/2003 que regula medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato; en el ámbito europeo, la Directiva 2000/78/CE de discriminación por razón de religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual o la Directiva 2006/54 sobre la discriminación por razón de sexo.

La prohibición a la discriminación laboral tiene un marcado carácter normativo, desde la Constitución Española a la normativa de la Unión Europea.

Por otro lado, la discriminación puede ser directa o indirecta. La primera es aquella que se produce por la exclusión o la materialización de un trato peyorativo a los miembros de un colectivo por razón de pertenencia al mismo; la segunda es aquella que se refleja por las consecuencias que se generan de tal trato. La discriminación indirecta es más compleja de definir, pues se presenta como una conducta neutra, pero que sus consecuencias causan perjuicio a un colectivo.⁶⁷

Para finalizar esta introducción, el artículo 14 de la Constitución Española, las causas de discriminación prohibidas en el ordenamiento español son las de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. No obstante, el citado artículo deja una puerta abierta al añadir que está prohibida la discriminación por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por tanto, se debe de tomar como una conducta no deseable la discriminación por razón de la discapacidad, que se recoge en el artículo 49 de texto constitucional, o por razón de la orientación sexual y de la edad. Y como se ha señalado anteriormente, el

⁶⁷ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

artículo 17 añade, además, la prohibición de discriminación por razón del estado civil, pertenencia a sindicatos y la lengua.

A continuación, y siguiendo el orden determinado por el artículo 17 del ET, se pretende señalar cuáles son esos derechos y su importancia actual, tanto desde un plano jurídico como social, de manera previa a confrontarlos con el derecho del empresario a seleccionar el personal que debe ser despedido.

4.1. La no discriminación por razón de edad

Quizás de entre todas las posibles vulneraciones de derechos fundamentales, es de las que menos alarma social despiertan. En opinión del que escribe, ello es debido a que el colectivo al que afecta no pertenece a ninguna minoría social ni racial concreta, sino que afecta a toda la población en su conjunto. No obstante, de manera lenta pero continua, cada vez existen más voces que se hacen eco de esta discriminación en el ámbito laboral.

Según un informe elaborado por la agencia de contratación ADECO y el portal Infoempleo sobre Empleabilidad y Trayectoria Profesional⁶⁸, el 30% de las ofertas de trabajo discrimina por razón de edad.

La oferta de trabajo para los que tienen entre 41 y 45 años es residual y sólo alcanza el 8% del total. Sólo un 4% se dirige a mayores de 46 años, y el 8,1% a menores de 25 años. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Feryn⁶⁹, ha indicado que la simple manifestación pública de ese tipo de requisitos constituye una discriminación prohibida

Si bien la discriminación por razón de edad no viene recogida expresamente en el artículo 14 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias⁷⁰ que la edad es una de las circunstancias que se debe encuadrar en la fórmula

⁶⁸Artículo de prensa <https://intereconomia.com/tendencias/empleo/trabajo-perfil-laboral-edad-20161005-1204/>. Informe de ADECO disponible en <https://iestatic.net/infoempleo/documentacion/Informe-Infoempleo-Adecco-2016.pdf>

⁶⁹Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=66944&doclang=ES>

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984, de 7 de marzo (disponible aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-constitucional-n-31-1984-tc-sala-segunda-rec-recurso-amparo-234-1982-07-03-1984-12206361>) y sentencia 37/2004, de 11 de marzo (disponible aquí: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2004-6131>)

genérica a la que se refiere el propio artículo 14 de la CE, al indicar que la discriminación queda vedada también respecto a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Es un colectivo que también alude el artículo 21.2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, o el artículo 4.2.c) y 17.1 del ET. De igual manera, en la Recomendación número 166 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982⁷¹, se recomienda que no se debe de tomar como causa justificada la edad a la hora de concluir una relación laboral.

Los citados artículos del ET prohíben de forma expresa las discriminaciones desfavorables por razón de la edad. Esto conduce a una primera conclusión, y es que no prohíbe la discriminación favorable o positiva en la contratación de este colectivo.

Cuando se habla de discriminación por edad no sólo se puede tener en cuenta a personas de edad más avanzada, sino también a la población más joven con problemas latentes para acceder a un puesto de trabajo. Se puede afirmar, que es una prohibición de discriminación a dos niveles, uno de edad máxima y otro de edad mínima. No obstante, el colectivo de mayor edad es más vulnerable, fundamentalmente, por los problemas añadidos que puede tener para reincorporarse al mercado de trabajo.

Ante la evidencia de la necesidad de protección de este colectivo, subyace el conflicto con el normal interés de las empresas para seleccionar como afectados a trabajadores con menor rendimiento y mayor coste económico por todos los derechos laborales adquiridos, como puede ser un plus de antigüedad⁷². Ante esta confrontación de intereses, el legislador ha optado por una restricción tibia y limitada. El artículo 51.11 del ET establece que las empresas que seleccionen a trabajadores de cincuenta años o más como afectados por un despido colectivo, deberán realizar una aportación al Tesoro Público. El artículo 2.1.b) del R.D. 1484/2012⁷³ especifica que las medidas se deben observar siempre que

⁷¹ Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166

⁷² Rodríguez- Sañudo, F., “La extinción de la relación laboral por edad del trabajador”, *RPS*, n. 97, 1973, p. 27.

⁷³ Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores con cincuenta o más años.

sean empresas que incluyan en un expediente de empleo a trabajadores de cincuenta o más años de edad.

En mi opinión creo que, más que una limitación, el legislador ha buscado proteger a los trabajadores mayores de cincuenta años coaccionando económicamente al empresario, pudiendo desincentivar así su inclusión en un despido colectivo.

Por su parte, la jurisprudencia en dos líneas distintas. Por un lado, ha determinado que presumir que un grupo genérico de trabajadores, sin individualización y por motivo de mayor edad, tienen más dificultades de adaptación a unos posibles avances tecnológicos inciertos, se debe enmarcar en las discriminaciones prohibidas en el artículo 4.2 y 17.1 del ET, pues pone de manifiesto la vulneración de sus derechos fundamentales⁷⁴.

Por otro lado, la jurisprudencia ha considerado no discriminatoria la elección de los trabajadores con más antigüedad o mayor edad con objeto de un despido colectivo⁷⁵ es del todo razonable y bajo un criterio objetivo, en la medida de que supone un mayor ahorro en los costes laborales (plus antigüedad, seguros sociales, etc.) y, a su vez, para el trabajador de mayor edad que sea despedido supone un menor daño al percibir una mayor indemnización y al estar más próxima la fecha de su jubilación.

Efectivamente, si bien la inclusión por motivo de edad se encuentra regulada como una de las circunstancias personales que no puede ser razón para discriminar⁷⁶, no obstante, este colectivo podrá ser incluido por motivos económicos justificados, como ya ha venido entendiendo la doctrina jurisprudencial. Ante la tibieza con la que se pretende buscar una protección de este colectivo, y ante la inseguridad que les puede generar, en mi opinión se debería tener muy presente a los trabajadores de una mayor edad en la propia negociación de los convenios colectivos o, en un momento posterior, en la negociación del período de consultas en el núcleo del proceso de despido colectivo.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 23 de febrero de 2015 (procedimiento 32/2014).

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala contencioso-administrativa), de 17 de octubre de 2007, (recurso 8242/2004).

⁷⁶ Monereo Pérez, J.L., "ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, n.1, 2010 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social: Seminario " El impacto de la crisis en el sistema de protección social" (Santander 2009)), pp 159-216

4.2.La discapacidad como criterio de selección

En la línea de la discriminación positiva anterior nos encontramos con la especial protección que merece la discapacidad en nuestra sociedad. En el año 2001 la Organización Mundial de la salud, en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Salud estableció la siguiente definición de discapacidad, que viene siendo aceptada por las autoridades españolas⁷⁷:

“Término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”.

Pero esta definición es la culminación de un largo proceso de evolución normativa y también social. No es objeto del presente trabajo hacer un estudio pormenorizado al respecto, pero sí poner de relieve la sensibilidad actual frente a épocas pasadas, que se traduce en la protección que goza actualmente este colectivo. A modo de ejemplo veamos el tratamiento de las leyes de nuestro país a lo largo del siglo XX⁷⁸:

En el año 1910 los discapacitados eran considerados anormales (Real Decreto de 22 de enero de 1910 para la Creación del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales). En 1931 el término utilizado era el de inválido e inútil (Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión⁷⁹). En 1934 eran calificados como deficientes (Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Cultura de los Deficientes). Toda esta normativa era bien intencionada y de protección social, pero partía de una valoración peyorativa de las personas con estas características.

En una fecha tan próxima como 1970, la propia Seguridad Social empleaba la acepción de subnormal⁸⁰. Con la llegada de Constitución de 1978 se popularizó el término

⁷⁷ Comunidad de Madrid Guía para una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones Cap. 2 Concepto de discapacidad P. 1 a 4

⁷⁸ Verdugo, M.A., Vicent C., Campo M., Jordán de Urríes B., *Definiciones de Discapacidad en España: Un análisis de la Normativa y la Legislación más relevante*, SID, Madrid, 2001.

⁷⁹ Diario Oficial del Ministerio de Marina 8 de junio de 1931. Disponible en http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=117201.

⁸⁰ Orden para el Texto Refundido de la Legislación sobre asistencia a los subnormales en la Seguridad Social.

minusvalía (el artículo 61 del Texto Refundido 3/2004 de la Ley del IRPF todavía lo empleaba), pero se terminó abandonando por su connotación negativa, al hacer referencia a un detrimento en la valoración de la persona, para llegar a la acepción actualmente aceptada de personas con discapacidad.

En este contexto se dictó el R.D. Legislativo 1/2003 de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de personas con discapacidad y su inclusión social⁸¹. Este texto normativo es la plasmación de la preocupación social por los derechos de los discapacitados. Entre otras medidas, el artículo 27 regula la accesibilidad a los medios de transporte de las personas con discapacidad, el artículo 35 garantiza su derecho al trabajo y el 36 la igualdad de trato. Más allá de medidas redundantes ya recogidas en la Constitución, el artículo 42 del citado R.D. Legislativo 1/2013 establece la obligatoriedad de reservar cierto número de puestos de trabajo en las empresas, en la línea de la discriminación positiva y de la obligación activa de los poderes públicos de promover la igualdad. Así pues, se determina una cuota de reservas de puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas públicas y privadas de un 2%, siempre que empleen a 50 o más trabajadores.

El cómputo se deberá realizar sobre la plantilla total de la empresa y cualquiera que sea la forma del contrato de trabajo, computando cada trabajador como uno independientemente de la duración del contrato o su jornada laboral.

No obstante, el mismo artículo 42 se establece que esas empresas públicas obligadas a contratar a personas con discapacidad, podrán quedar excepcionalmente exentas de dicha obligación, siempre que se recoja en acuerdos dentro de una negociación colectiva sectorial, o bien, cuando existan razones acreditadas de índole productiva, organizativa, técnica o económicas que “motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa”. En cualquier de los dos casos, se debe de aplicar alguna de las medidas sustitutorias, alternativas o simultáneamente⁸² recogidas el R.D. 364/2005.

⁸¹ Publicada en el BOE de 3 de diciembre de 2013

⁸² Artículo 1.1. del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. BOE 94, de 20 de abril de 2005.

En esta línea, el artículo 4.2.c) del ET establece que los trabajadores tienen derecho “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. En cuanto a la facultad de designar trabajadores con discapacidad afectados por un despido colectivo, el legislador ha establecido tal protección legal para los representantes de los trabajadores, si bien ha dejado la puerta abierta⁸³ para establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos por vía convenios colectivos o mediante acuerdo en el período de consultas. El ET, a modo ejemplificativo, menciona como miembros de estos colectivos, entre otros, a personas con discapacidad.

Es evidente que el empresario, a la hora de seleccionar el personal que será objeto de la extinción del contrato de trabajo no podrá discriminar a las personas que sufran algún tipo de discapacidad. Sin embargo, a la vista de lo analizado, creo que el legislador no ha sido capaz de conseguir los objetivos de integración de personas con discapacidad y política de pleno empleo que apunta nuestra Constitución en su artículo 49 y 40. Los últimos datos facilitados por el INE sobre empleo de personas con discapacidad, publicado el 1 de diciembre de 2017, es del 25,1%, indicador que no es ni mucho menos alentador.

No creo que sea la mejor solución dejar en manos del empresario y de los representantes de los trabajadores la facultad de permanencia de un colectivo tan vulnerable y tan protegido, aunque insuficientemente, por distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un mandato constitucional, por lo que es un colectivo que debería haberse incluido en el artículo 51.5 del ET como colectivo protegido, ya que la garantía que se le ha dado tiene una naturaleza temporal y sujeta a negociación, por lo que no es una garantía en absoluto idónea para conseguir los fines constitucionalmente perseguidos.

⁸³ Artículo 51.1. del Estatuto de los Trabajadores: “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.

4.3. Derecho a la igualdad: no discriminación por razón de sexo

El derecho a la igualdad está ampliamente reconocido en todo el ordenamiento. El artículo 14 de la Constitución prohíbe de manera expresa cualquier discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, y en general, por cualquier otra circunstancia personal o social.

No obstante, en opinión de la doctrina⁸⁴, la concepción del derecho de igualdad debía ser dinámico. Por lo tanto, la posición de los poderes públicos, y más en concreto el legislador, no puede ser de inactividad, ya que la ausencia de medidas favorecedoras de colectivos desfavorecidos, en aras de no infringir el principio de igualdad, perpetuaría en el tiempo las desigualdades de hecho ya existentes. Es aquí donde cobra especial importancia la discriminación positiva, instrumento aceptado y que se ha multiplicado en el tiempo.

La discriminación de género es una cuestión que ha ido cobrando cada vez mayor importancia, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también social, tanto en España como en el resto del mundo. Si en Google se hace una búsqueda de artículos doctrinales sobre discriminación de género, el resultado son 42.400 entradas⁸⁵ sólo en lengua castellana.

Esta corriente tuvo su traslación al ámbito jurídico cuando se aprobó en 2007 la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (en adelante LOI), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Entre otras medidas el artículo 45 de la Ley obliga a las empresas privadas a la elaboración e implantación de un plan de igualdad, de la igual manera que lo hace para los sectores públicos.

El artículo 6 de la LOI hace referencia a los casos de discriminación por razón de sexo, tanto directa⁸⁶ como indirectamente.

⁸⁴ García Morillo, J., *Derecho Constitucional*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 1994 p. 171

⁸⁵

https://scholar.google.es/scholar?q=discriminaci%C3%B3n+de+genero&hl=es&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar&sa=X&ved=0ahUKEwir58TbIfZAhWB1hQKHSgqBR8QgQMIJTAA

⁸⁶ 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

En el caso de un despido colectivo por razón de sexo, nos encontramos ante una discriminación indirecta, ya que el despido colectivo supondrá un impacto más negativo al colectivo de mujeres con respecto al de hombres.⁸⁷

Los mayores problemas interpretativos se plantean en el artículo 13 de la LOI, en materia de la carga de la prueba, que establece “De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

En estos casos, no es suficiente presentar, a modo de prueba, una estadística general de la empresa, sino que debe de presentar como prueba del hecho discriminatorio una estadística en términos relativos, ya que habrá que tener en cuenta el colectivo profesional al que se haga alusión, pues este puede ser mayoritariamente ocupado por mujeres⁸⁸.

Si se presenta la prueba estadística en los términos señalados, la carga de la prueba recae sobre la empresa, que deberá acreditar la existencia de un criterio objetivo y razonable.

4.4. La protección de la maternidad

En un sistema social y democrático de derecho como el español, existen colectivos especialmente protegidos dentro de grupos ya de por sí desfavorecidos. Es el caso de la maternidad, una concreción del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Es de interés profundizar en dicha concreción debido a que en un epígrafe posterior se analizará la Directiva 92/85/CE en relación con la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero resolviendo el caso de Jessica Porras Guisado contra Bankia (asunto C-103/16⁸⁹).

justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

⁸⁷ Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II, pp. 55-79.

⁸⁸ Sentencia Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2014 (recurso 66/2004). Disponible aquí: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7209460/Despido/20141119>

⁸⁹ Consultada en <https://www.ecestaticos.com/file/b557b2c9cce726ed1b2209139878235f/1519293651-sentencia-embarazada.pdf>

Prueba de esta especial protección son las medidas de fomento de la maternidad, como es la deducción del artículo 81 de la Ley 35/2006 del IRPF⁹⁰, que minorra la cuota del IRPF en hasta 1.200 € anuales para aquellas mujeres que ejerzan un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

En el ámbito laboral, más cercano al objeto de este estudio, el ET establece en sus artículos 53 y 55 situaciones de especial protección para las embarazadas en despidos por causas objetivas y despidos disciplinarios.

Así, se declaran nulos⁹¹ los despidos a embarazadas que se produzcan en los nueve meses posteriores a su incorporación tras la suspensión del contrato con motivo de su maternidad. Dicho de otro modo, son nulos de pleno derecho, y se tienen por no realizados, los despidos cuya causa sea la maternidad o los permisos derivados de la misma.

La normativa evidencia la especial protección de la que gozan las mujeres en general y en especial las embarazadas.

El artículo 55.5 del ET, ofrece una garantía adicional a los trabajadores en situación de embarazo, parto y ejercicio de derechos de conciliación de vida personal y laboral, añadiendo que los despidos basados en alguna de estas circunstancias serán nulos⁹², salvo que la empresa pruebe la procedencia del despido por motivos que no tengan ninguna relación con las situaciones protegidas. No nos encontramos ante un colectivo con prioridad de permanencia, pero sí de una tutela especialmente reforzada para aquellos casos que establece el artículo 55.5 del ET que, si bien hace referencia al despido individual improcedente, la Audiencia Nacional, en sentencia 183/2013, de 28 de junio, determina que las garantías del despido nulo por discriminación son extensibles al despido colectivo, aunque no lo recoja el artículo 51 del ET.

Por tanto, cuando se produzca un despido de trabajadores en situación de embarazo, víctima de violencia de género o con reducción de jornada por razón de guarda legal,

⁹⁰ Publicada en el BOE de 20 de noviembre de 2006

⁹¹ Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., *Derecho del trabajo. Tomo II. Contrato individual*. cit. p 625.

⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de septiembre de 2013 (recurso 1186/2013). Disponible aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-686-2013-tsj-madrid-sala-social-sec-1-rec-1186-2013-13-09-2013-13886671>

entre otras, se produce la inversión de la carga de la prueba⁹³, pasando a ser la empresa demandada la encargada de probar que la selección de los trabajadores responde a circunstancias objetivas y razonables, estando justificada, por tanto, la selección.

Estamos nuevamente ante un gran número de posibilidades en las que la empresa puede alegar, bajo una apariencia de objetividad, un despido donde exista algún componente subjetivo en relación con el sexo o cualquier otra circunstancia de las señaladas en este punto. Es difícil que no se solape un cierto margen de discrecionalidad en forma de valoración de experiencia profesional.

Esta situación ha ido provocando una cada vez mayor protección a este colectivo, poniendo especial intensidad en las trabajadoras embarazadas o en situación de permiso por maternidad que, conociendo el empresario su estado, hayan sido seleccionadas para extinguir su contrato de trabajo mediante un despido colectivo. Si bien el ordenamiento jurídico español no establece para las mujeres embarazadas un reconocimiento automático de una prioridad de permanencia en la empresa, salvo que se pacte en el período de consultas, la normativa comunitaria sí lo ha hecho en diversas ocasiones.

Así, 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, que haya dado a luz o en período de lactancia, en su artículo 10 establece que los Estados miembros deben de tomar las medidas necesarias para prohibir el despido de estas trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad.

No obstante, la existencia de la Directiva no es suficiente, ya que es necesario una incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno para asegurar el efecto directo que se aplicaría de la Directiva comunitaria. Precisamente la ausencia de regulación en nuestro ordenamiento interno sobre la interpretación de la citada Directiva, es la causa por la que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, solicitó al Tribunal Superior de Justicia Europeo que interpretara la prohibición de despido, en relación con la Directiva, de una trabajadora embarazada afectada por un despido colectivo. Se trata del caso Bankia que, por su especial trascendencia y actualidad, se analizará en un epígrafe posterior.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2015 (recurso 104/2014)

4.5.El derecho a la libertad sindical

La libertad sindical goza de la máxima protección en nuestra Constitución. Destaca la elección del artículo 28 para recogerla, incluido en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero, o lo que es lo mismo a efectos prácticos, un derecho susceptible del amparo constitucional que da derecho a quién lo vea vulnerado a acudir en amparo al Tribunal Constitucional una vez agotada la vía jurisdiccional ordinaria.

El desarrollo legislativo de este derecho se llevó a cabo por una Ley Orgánica (ley que requiere una mayoría cualificada para su aprobación, una muestra más de su importancia), la 11/1985, todavía hoy en vigor, y cuya última modificación data de 28 de julio de 2011.

De manera resumida, el derecho de sindicación tiene una doble vertiente, una colectiva que consiste en que el sindicato pueda ejercer con libertad su actividad⁹⁴ y otra individual. El reflejo de esta última es el derecho de todo trabajador a pertenecer a un sindicato, con las restricciones propias de algunas profesiones como la judicatura o las Fuerzas Armadas.

No obstante, el derecho no es ilimitado. “La libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales, y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo”⁹⁵

Seguramente este colectivo sea el más sensible para que el empresario opte por su inclusión en la selección de contratos de trabajo a extinguir. La propia naturaleza de la afiliación sindical puede conducir a una serie de conflictos en el seno de la empresa, y la existencia de un despido colectivo puede suponer una tentación de represalias por parte del empresario.

En el caso de que el trabajador observe un incumplimiento de sus derechos fundamentales mediante su selección en un despido colectivo, éste debe de acreditar la existencia de una serie de indicios razonables de sospecha de que dichos derechos hayan sido vulnerados.

⁹⁴ Satrústegui, M., *Derecho Constitucional*, cit. pp. 365-368.

⁹⁵ Moreno Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., La Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n3, 2008, p.248

Se entenderá que hay discriminación indirecta cuando se seleccione en un número muy superior de trabajadores afiliados a un sindicato con respecto a los trabajadores afiliados a otro sindicato, considerando ese número mayor en términos porcentuales⁹⁶, esto es, no se puede presentar una estadística en términos absolutos, sino en términos relativos. Además, de los datos de afiliación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, se deben de excluir a los que se han presentado voluntariamente a dicha selección, así como aquéllos que no han sido seleccionados en virtud de la prioridad de permanencia del artículo 68.b) del ET o los excluidos en los convenios colectivos o acuerdos en las consultas iniciales⁹⁷.

Por otra parte, ese número indiciario debe pertenecer a un sindicato que ha de haber tenido una intensa actividad en contra del despido colectivo, quedando patente mediante demanda de impugnación del despido o no firmando el acuerdo de consultas.

Por último, para que se entienda que se ha vulnerado el derecho a la afiliación sindical, los tribunales exigen que la empresa conociera la afiliación sindical de los trabajadores en el momento de la notificación del despido, pues sin este último requisito, se desvirtúa la razonabilidad de los apuntados anteriormente⁹⁸.

En el caso de que se den los tres requisitos indiciarios establecidos jurisprudencialmente, los tribunales considerarán que se ha violado el derecho a la libertad sindical. Y en esta circunstancia se produce la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa la carga de probar que su decisión ha sido objetiva y proporcionado, fundada en criterios reales y suficientes.

En caso contrario, procederá la declaración de nulidad de los despidos, declaración que no se extenderá a los trabajadores de los que la empresa desconocería su afiliación sindical.

Sin embargo, si la empresa desconoce la afiliación de los trabajadores o no se considera suficiente el porcentaje de despedidos afiliados a un sindicato, se considerará que los trabajadores no han aportado indicios suficientes para determinar que se ha producido

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de diciembre de 2013 (Recurso 642/2013).

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 14 de octubre de 2013, (Recurso 3430/2013).

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 (recurso 96/2013).

una discriminación por motivos sindicales, no procediendo la inversión de la carga de la prueba⁹⁹.

En conclusión, el despido de los trabajadores por razón de su afiliación o actividad sindical tiene la condición de nulo de pleno derecho. Pero para ello será necesario aportar al menos un principio de prueba, o al menos de hechos de los que surja la sospecha de una discriminación por este motivo¹⁰⁰

5. DIRECTIVA 92/85/CEE. PROTECCIÓN A LA MUJER EMBARAZADA.

Respecto al despido colectivo, no puede examinarse únicamente la legislación nacional. Existe una normativa comunitaria que los Estados miembros deben cumplir. No es objetivo del presente trabajo analizar la eficacia de los diferentes instrumentos normativos comunitarios a nivel local, por ello me limitaré a señalar que la especial protección laboral de las mujeres embarazadas, está recogida en 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, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

A día de hoy, la eficacia directa de la legislación comunitaria es una cuestión pacífica. Ya en una fecha tan temprana como la década de los sesenta, el Tribunal de Justicia, en la sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963¹⁰¹, estableció que, el Derecho europeo, no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. Dicho de otra manera, los particulares pueden invocar una norma europea

⁹⁹ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo social, de 19 de febrero de 2014 (recurso 1991/2013).

¹⁰⁰ Entre otras Sentencias del TC 87/1998, de 21 de abril, 293/1993, de 18 de octubre, 140/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, & 214/2001, de 29 de octubre.

¹⁰¹ Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1405874>

ante la jurisdicción de su país, aunque este no la haya recogido en su ordenamiento interno.

Las Directivas constituyen un acto dirigido a los países de la UE, que deben ser transpuestas a sus derechos nacionales. A pesar de que no van dirigidas a los particulares, el Tribunal de Justicia les reconoce en algunos casos un efecto directo al objeto de proteger sus derechos. En concreto, y de manera resumida, el Tribunal establece en su jurisprudencia que una directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas y cuando el país de la UE no haya transpuesto la directiva antes del plazo correspondiente (sentencia del 4 de diciembre de 1974, Van Duyn¹⁰²). Sin embargo, el efecto directo solo puede ser de carácter vertical. O lo que es lo mismo, el Estado incumplidor no podrá invocar contra el particular la Directiva no transpuesta (sentencia del 5 de abril de 1979, Ratti¹⁰³).

Los Tribunales Nacionales tienen por tanto la obligación de aplicar las Directivas a los particulares, con independencia de que estas hayan sido transpuestas. No obstante, cuando existan dudas sobre si la trasposición ha sido correcta, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, otorga una herramienta a los jueces nacionales para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre la adecuación de la normativa nacional y la comunitaria; es la denominada cuestión prejudicial¹⁰⁴.

En el asunto C-103/16 Jessica Porras Guisado contra Bankia, el TSJ de Cataluña planteó una cuestión prejudicial para aclarar si la legislación española había transpuesto de manera correcta la Directiva 92/85/CEE y brindaba a las trabajadoras embazadas la protección exigida en la normativa comunitaria. El artículo 10 de la mencionada 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

¹⁰² Disponible en:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88751&pageIndex=0&doclang=ES&mode=>

¹⁰³ Consultada en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/60b02cc4-59a5-4549-b41f-1a70245365a2/language-es>

¹⁰⁴ Alemán Páez, F., “La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales”. *Relaciones Laborales*, nº10, 1994, p. 78

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.”¹⁰⁵.

La primera circunstancia a analizar es la definición de trabajadora embarazada. Para ello debemos acudir al artículo 2 de la Directiva, que determina lo siguiente:

“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.”¹⁰⁶.

Por tanto, de la literalidad de la Directiva, podemos deducir que una mujer embarazada, sólo lo está a efectos de la Directiva cuando su embarazo sea “oficial”, es decir cuando se haya comunicado al empresario. A primera vista, parece que es un requisito coherente. Si se pretende proteger a un colectivo de una actuación malintencionada del empresario, que se puede ver tentado de desprenderse de un trabajador por su especial condición, para

¹⁰⁵ Artículo 10 de la Directiva 92/85, titulado “Prohibición del despido”

¹⁰⁶ Artículo 2 de la Directiva 92/85, titulado “Definiciones”

que exista una conducta dolosa, será necesario que conozca el estado del trabajador. En caso contrario nunca podría alegarse que el motivo real del despido sea el embarazo.

En relación con este concepto, la sentencia Dita Danosa contra LKB Līzings SIA¹⁰⁷ interpreta en sentido amplio el requisito de la comunicación, sustituyéndolo por uno que encaja más con la definición de conocimiento. Tal y como se establece en el apartado 53 de la sentencia, no sería adecuado denegar la protección a la trabajadora cuando el empresario hubiera tenido conocimiento del embarazo por otros medios: “(..) Si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la [Directiva de maternidad] interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10”

Ampararse en una interpretación estricta o restrictiva podría vaciar de contenido el bien superior que se pretende proteger. No obstante, en el asunto C-103/16 contra Bankia, la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston en las conclusiones presentadas va más allá en su interpretación¹⁰⁸.

Para ella 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 tanto, la Directiva sería aplicable aun no habiendo informado de sus estados al empresario. Basa esta posición, en que la Directiva busca “blindar” a la mujer del riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, incluido el de interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, reconoce que tal contradicción no ha sido abordada todavía por el Tribunal de Justicia.

La protección que otorga la directiva es a las “trabajadoras embarazadas”, no a las embarazadas en general. Y a efectos de la Directiva, una mujer está embarazada desde el momento en que comunica al empresario su estado (o por lo menos desde que el

¹⁰⁷ Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78560&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=598495>

¹⁰⁸ Conclusiones disponibles en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194440&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1217292>

empresario tiene conocimiento del mismo). Si cuando se redactó la Directiva el legislador hubiera querido lo contrario, no habría formulado el artículo 2 como lo hizo.

El concepto “trabajadora embarazada”, dada la definición, pasa a ser un término técnico o jurídico. Si sólo añadimos el término “embarazada” cuando el empresario tiene conocimiento del hecho, supone que, el despido de una trabajadora producido antes de ese momento, es el despido de una “trabajadora”, pero no de una “trabajadora embarazada”. Actuar en sentido contrario sería dejar vacío de contenido el artículo 2 a) de la Directiva.

En las conclusiones llega a defenderse la posibilidad válida de una comunicación al empresario posterior al despido. Reitero que, si ya se ha producido el despido, la mujer habrá ganado la condición de embarazada, pero habrá perdido la de trabajadora. Por ello, si una trabajadora no conoce su estado, no se lo podrá comunicar al empresario, pero su propio desconocimiento hará que el despido no aumente el riesgo de una interrupción voluntaria del embarazo, que en su argumentación constituye el bien jurídico a proteger.

Aunque la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero resolviendo el caso de Jessica Porras Guisado contra Bankia (asunto C-103/16¹⁰⁹) no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión planteada por la Abogada General, el sentido de la sentencia no parece ir en contra de esta argumentación.

Respecto a la primera de las cuestiones prejudiciales, la problemática reside en determinar si “los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales” del artículo 10 punto de la Directiva 92/85 sobre maternidad, son supuestos subsumibles en “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” a que se refiere el artículo 1 apartado 1 a) de la Directiva 98/59 sobre despido colectivo.

Para la Abogada General, el despido colectivo no siempre constituye una causa excepcional, condición imprescindible para que el despido de una trabajadora embarazada sea admisible. El motivo que usa para tal afirmación es la relativa frecuencia con que se produce en el tráfico mercantil la figura del despido colectivo. No comparto dicha afirmación, ya que, en mi opinión, lo que debe marcar la excepcionalidad no es la

¹⁰⁹ Disponible en: <https://www.ecestaticos.com/file/b557b2c9cce726ed1b2209139878235f/1519293651-sentencia-embarazada.pdf>

frecuencia con que se da el hecho en el mercado, sino lo que supone el despido colectivo en la vida de una compañía. La extinción del contrato de trabajo de un mínimo de diez trabajadores fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, desde luego no puede ser calificada de habitual.

No valora el Tribunal la excepcionalidad del despido colectivo, aunque su conclusión es la perfecta compatibilidad entre la dos Directivas, por lo que el despido de la trabajadora embarazada será posible con tres condiciones (apartado 48 de la sentencia de 22 de febrero de 2018):

- Que el despido no esté relacionado con el embarazo.
- Que se comuniquen por escrito los motivos justificados del despido.
- Que el despido de la interesada esté permitido por la legislación nacional.

La segunda cuestión prejudicial plantea si, para invocar la excepción relativa a los casos que admiten el despido de trabajadoras embarazadas, es necesario que no exista ninguna posibilidad de recolocación en otro puesto de trabajo.

La conclusión debe ser la misma que en el caso de la primera cuestión prejudicial, y así lo ha entendido el Tribunal. La Directiva ni excluye el despido, ni exige una recolocación de la trabajadora embarazada, con independencia de que, siendo una norma de mínimos, la legislación nacional establezca una mayor protección.

En la tercera cuestión prejudicial se plantea si la legislación nacional debe ofrecer a las trabajadoras embarazadas protección tanto contra el despido ilegal (tutela preventiva), como contra las consecuencias del despido ilegal (tutela reparativa).

Para la Abogada General la legislación española sólo ofrece tutela reparativa, ya que la readmisión de la trabajadora en su puesto, el pago de sueldos atrasados o la concesión de una indemnización de daños y perjuicios puede mitigar las consecuencias de un despido improcedente, pero no subsanarán por completo las secuelas psíquicas y físicas de la trabajadora.

Ahora bien, una trabajadora embarazada sabe que, en España, cualquier despido por razón de estado será nulo de pleno derecho y no tendrá efectos jurídicos. El hecho de una prohibición expresa no privaría a la trabajadora de sufrir el mismo daño en el caso de que

el empresario por desconocimiento o mala fe notificara el despido a pesar de que una norma lo proscibiera.

Por tanto, desde mi punto de vista, la nulidad del despido que proporciona nuestro ordenamiento al despido improcedente¹¹⁰, ofrece a la trabajadora una tutela preventiva que va más allá de la reparativa.

Sin embargo, en este caso, 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.

Menos controvertida resulta la cuarta cuestión planeada sobre la obligación de permanencia en la empresa de la trabajadora embarazada. Y es menos controvertido porque el Tribunal de Justicia ya se pronunció en un asunto similar, en concreto en el asunto C-438/99 Jiménez Melgar¹¹¹, sentencia de 4 de octubre de 2001. En el apartado 47 dispuso lo siguiente: “(...) 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 llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada 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”

Por tanto, aplicando el mismo razonamiento, la Directiva de maternidad no exige a los Estados miembros que adopten expresamente disposiciones que concedan prioridad de permanencia en la empresa a las trabajadoras embarazadas, únicamente que la causa del despido no sea su embarazo.

¹¹⁰ Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., *Derecho del trabajo. Tomo II. Contrato individual*. cit. p 595.

¹¹¹ Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59c1fa930339f409f9ce5e2f2e8d2db59.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3aTe0?text=&docid=102196&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1608671>

Esta posición ha vuelto a ser reiterada por el Tribunal de Justicia en la sentencia que resuelve el asunto Porras Guisado contra Bankia, en los apartados 67 a 74 de la sentencia, resolviendo de manera conjunta las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta.

La última de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es si una carta de despido es conforme a la Directiva, aunque no haga referencia a la existencia de un motivo excepcional para su despido distinto de los que justifican el despido colectivo.

En este punto 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. Pero una vez hemos concluido que las causas de la Directiva sobre despidos colectivos coinciden con los de la Directiva de maternidad en cuanto a su excepcionalidad, no cabe discusión en este sentido.

Por tanto, se debe concluir, y así lo hace el Tribunal que la Directiva no se opone a una 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”¹¹².

Todo lo anterior nos lleva a las siguientes conclusiones:

- La Directiva 92/85 no se opone a una legislación nacional que permita el despido de trabajadoras embarazadas en un despido colectivo, siempre que, obviamente, el motivo del despido no sea su embarazo.
- En el despido, no será necesario comunicarles motivos adicionales a los propios del despido colectivo.
- Los Estados deberán prohibir expresamente y con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, siendo insuficiente establecer en concepto de reparación la nulidad de ese despido cuando no sea conforme a derecho.

¹¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/16)

- No será necesario que los Estados establezcan una prioridad de permanencia o de recolocación para trabajadoras embarazadas, sin que se excluya la posibilidad de que legislen esa especial protección en su normativa interna.

6. CONCLUSIONES.

La legislación española ha regulado en el artículo 51 del Estatuto de los trabajadores el despido colectivo, no sólo las causas por las que se puede iniciar un despido colectivo, sino que también regula formalmente el procedimiento a seguir. Si bien la última reforma ha supuesto una flexibilización sustituyendo la necesidad de la autorización por parte de la autoridad laboral para su inicio por la mera comunicación, no dejamos de estar ante un ordenamiento garantista que busca proteger los derechos del trabajador.

Dicha protección lleva a los representantes de los trabajadores a participar en el proceso, a través del periodo de consultas, y es esta participación la que lleva al legislador a “blindar” la posición de los representantes de los trabajadores para evitar represalias y evitar que sean seleccionados para ver extinguido su contrato laboral.

La ley establece que los representantes de los trabajadores disfruten de prioridad de permanencia frente al resto. De hecho, es el único colectivo que disfruta de la tal prioridad por mandato expreso de la ley, si bien la prioridad puede extenderse a otros colectivos mediante negociación o convenio.

El objeto del presente trabajo ha sido el análisis de la libertad del empresario en la selección del personal en el despido colectivo. La primera conclusión es que, en todo despido colectivo, los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia, por lo que la selección, deberá hacerse sobre trabajadores que no gocen de dicha prioridad. Ahora bien, a mi entender existen colectivos mucho más vulnerables que el sindical y merecedores de la prioridad de permanencia.

Más allá de la prioridad de permanencia, la segunda pregunta que hay que plantearse es si el empresario goza de libertad a la hora de seleccionar al personal que va a ver extinguido su contrato de trabajo. La conclusión es que sí, pero con límites y matices.

El empresario, asistido por su derecho a la libertad de empresa y el *ius variandi*, podrá elegir a los trabajadores que van a ser objeto del despido colectivo, siempre que se base en criterios objetivos que no vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores. Dicho de otra manera, si en la selección que realicen se encuentra a miembros de colectivos especialmente vulnerables, con derechos susceptibles de una especial protección en nuestro ordenamiento, deberá de prestar especial atención a la justificación de su selección para demostrar que, entre los factores de selección, no hay ninguno que suponga una discriminación. Si el empresario pretende incluir en su selección a alguno de estos trabajadores, deberá de proteger la decisión mediante un conjunto de pruebas y de informes que justifiquen que su decisión ha sido tomada siguiendo criterios objetivos.

Por último, una vez analizada la normativa, este estudio me ha llevado a preguntar si el ordenamiento comunitario habría establecido una prioridad de permanencia que afectara a otro colectivo, más allá de la normativa nacional. Al empezar a redactar este trabajo, existían dudas sobre si la Directiva de maternidad podría establecer una prioridad de permanencia a favor del colectivo de mujeres en estado de gestación. Así lo entendió el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuando planteó una cuestión prejudicial en el caso Bankia contra Jessica Porrás Guisado, sustanciado como el asunto C-103/16. Tras la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2018¹¹³, la duda ha quedado aclarada. Si bien la Directiva sobre maternidad obliga a los estados miembros a establecer una protección preventiva del colectivo de trabajadoras embarazadas, que proscriba los despidos por su condición (cosa que, en España, a ojos del Tribunal de Justicia, no cumple con la nulidad de pleno derecho del despido), no determina el beneficio de la prioridad de permanencia. Por ello, si las mujeres embarazadas son incluidas en un despido colectivo, y son escogidas en el mismo por los motivos reflejados en la comunicación realizada a la autoridad laboral, su selección será conforme a derecho.

Con todo ello, se puede concluir lo siguiente:

1) Legalmente, y a salvo de lo que establezcan los convenios, únicamente el colectivo de los representantes de los trabajadores gozará de prioridad de permanencia en el caso de despido colectivo.

¹¹³ Disponible en *Aranzadi experto social*.

2) Más allá de esta prioridad, el empresario tiene la facultad de seleccionar a los trabajadores que verán extinguido su contrato, con el único límite de la coherencia entre las causas que originan el despido colectivo y los motivos incluidos para tal selección, además del cumplimiento de una serie de requisitos formales inalterables. Lógicamente los trabajadores no podrán ser objeto de un trato discriminatorio que vulnere sus derechos fundamentales.

3) No existe otro colectivo que goce de prioridad de permanencia de forma expresa en nuestro ordenamiento, ni existe Directiva comunitaria que así lo determine. La propia excepcionalidad del despido y sus causas son motivos suficientes para seleccionar trabajadoras embarazadas en el mismo, no siendo necesario alegar causas excepcionales adicionales a las de la Directiva comunitaria que regula el despido colectivo. La protección de la Directiva de maternidad es perfectamente coherente con este planteamiento y no exige, por lo menos en lo que al despido colectivo se refiere, garantías adicionales.

Como conclusión final, en contra de lo que pudiera pensarse, el sensible colectivo de mujeres trabajadoras, cuya igualdad material se pretende lograr (derechos, conciliación laboral, equiparación salarial...) y el todavía más vulnerables de trabajadoras embarazadas no goza de una protección especial en el proceso de selección del despido colectivo. Nada impediría a la legislación nacional otorgárselo, pero a día de hoy, las trabajadoras embarazadas perderán su puesto de trabajo si, en el marco de un despido colectivo, deben de competir por él en igualdad de condiciones con un representante de los trabajadores.

7. BIBLIOGRAFIA

OBRAS DOCTRINALES

1. Albiol Montesinos, I. (Coord.), Camps Ruiz, L.M., López Gandía, J., Sala Franco, T., *Derecho del trabajo. Tomo II. Contrato individual*. Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 2002.
2. Alcázar Ortiz, S., *El Despido colectivo en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2015.
3. Alemán Páez, F., “La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales”. *Relaciones Laborales*, nº10, 1994.
4. Esteban Miguel, A., “Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas”, *RJUAM*, nº 26, 2012-II.
5. García Morillo, J., *Derecho Constitucional*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 1994.
6. Ginés Fabrellas, A. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”. *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, 3, n 14, 2010.
7. La Recomendación número 166 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166)
8. Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008.
9. Mercader Uguina, J.R., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
10. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaria General Técnica. Subdirección General de estadística. Estadísticas de regulación de empleo - empresas, procedimientos y trabajadores afectados por despidos colectivos, suspensión de contrato y reducción de jornada, según acuerdo entre las partes

11. 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. 330-336
12. Monereo Pérez, J.L., “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, Núm. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social: Seminario: *El impacto de la crisis en el sistema de protección social* (Santander 2009))
13. Montoya Melgar, A., “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n 100, 2000, pp. 576-578.
14. Moreno Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., “La Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 3, 2008, p. 248.
15. Palomeque López y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 11-12.
16. Riera Vayreda, C., “La selección de los trabajadores en supuesto de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, Editorial CISS, *Tribunal Social*, n. 106, 1999, p. 16.
17. Rodríguez- Sañudo, F., “La extinción de la relación laboral por edad del trabajador”, *RPS*, número 97, 1973, p. 27.
18. Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid, Ed. Grapheus, 1992, pp. 136-137.
19. Satrústegui Gil-Delgado, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 1994.
20. Trillo Holgado, M.A., “La evaluación del desempeño: nuevas tendencias e implicaciones”. *Capital Humano* nº 150, 2001.
21. Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988.
22. Valdés 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.

23. Verdugo, M.A., Vicent, C., Campo, M., Jordán de Urríes, B., *Definiciones de Discapacidad en España: Un análisis de la Normativa y la Legislación más relevante*, SID, 2001.

JURISPRUDENCIA

24. Conclusiones de la abogada general Sra. Eleanor Sharpston de 14 de septiembre de 2017, (Asunto C-103/16). Disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194440&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1217292>
25. Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2013 (procedimiento 381/2012). Disponible en: https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/enero_2016/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_MES.pdf
26. Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2014 (procedimiento 381/2012). Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-40-2013-an-sala-social-sec-1-rec-381-2012-11-03-2013-13765671>
27. Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014, (procedimiento 79/2014).
28. Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo, (Recurso 37/2004). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2004-6131>
29. Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de abril, 112/2006, (BOE núm. 110, de 9 de mayo 2006). Disponibles en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5714>
30. Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo, 127/1994, (BOE 129, de 31 de mayo de 1994). Disponibles en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5714>
31. Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo, (Recurso 234/1982). Disponible aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-constitucional-n-31-1984-tc-sala-segunda-rec-recurso-amparo-234-1982-07-03-1984-12206361>

32. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de julio de 2008, (Asunto C-54/07). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=66944&doclang=ES>
33. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/16)
34. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78560&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=598495>
35. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/16) Disponible en: <https://www.ecestaticos.com/file/b557b2c9cce726ed1b2209139878235f/1519293651-sentencia-embarazada.pdf>
36. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974 (Asunto 41/74). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88751&pageIndex=0&doclang=ES&mode=>
37. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979 (Asunto 148/78). Consultada en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/60b02cc4-59a5-4549-b41f-1a70245365a2/language-es>
38. Sentencia del Tribunal de Justicia, del 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1405874>
39. Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 13 de septiembre de 1994 (Aranzadi Social 3493).
40. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 14 de octubre de 2013, (Recurso 3430/2013).
41. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de febrero de 2015, (Recurso 32/2014).

42. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de mayo de 2007 (*Jurisprudencia Aranzadi* 2008 – 26048)
43. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 31 de marzo de 2014, (Recurso 62/2014).
44. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de diciembre de 2014, (Recurso 1588/2014).
45. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de diciembre de 2013, (Recurso 642/2013).
46. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid de 15 de febrero de 1994.
47. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2002, (Aranzadi Social 2002-2323)
48. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2013, (Sentencia 2338/2013). Disponible aquí: <http://www.abc.es/local-comunidad-valenciana/20131105/abci-documento-sentencia-201311051206.html>
49. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015, (Asunto C-392/13).
50. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2013, (Recurso 1186/2013). Disponible aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-686-2013-tsj-madrid-sala-social-sec-1-rec-1186-2013-13-09-2013-13886671>
51. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2009, (Recurso 3041/2009).
52. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2010, (Recurso 1613/2010).
53. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de marzo de 2013, (Recurso 5356/2012).
54. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de mayo de 2013. Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-778-2013-tsj-madrid-sala-social-sec-2-rec-1481-2013-13-11-2013-13751101>

55. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 14 de enero de 2002, (Aranzadi Social 2002 – 2381).
56. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de julio de 2013, (Recurso 14/2013).
57. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala contencioso-administrativa) de 17 de octubre de 2007, (Recurso 8242/2004).
58. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 23 de enero de 2013, (Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi 2013-2851)
59. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) de 17 de octubre de 2016 (Recurso 36/2016). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7842318&links=&optimize=20161019&publicinterface=true>
60. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de abril de 2012, (Repertorio de jurisprudencia Aranzadi 2012-8524)
61. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2015 (Recurso 104/2014)
62. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 (3054/2013).
63. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 (Recurso 96/2013).
64. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 (Recurso 66/2004). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7209460/Despido/20141119>
65. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 (Recurso de casación para la unificación de doctrina 1439/2004). *Aranzadi social*.

LEGISLACIÓN

66. Diario Oficial del Ministerio de Marina, de 8 de junio de 1931. Disponible en http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=117201.
67. 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.
68. Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE 52, de 1 de marzo de 2014).
69. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Renta de las Personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 285, de 29 de noviembre de 2006).
70. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 71, de 23 de marzo de 2007).
71. 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 (BOE 261, de 30 de octubre de 2012).
72. Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores con cincuenta o más años (BOE 261, de 30 de octubre de 2012)
73. Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 36, de 11 de febrero de 2012).
74. Real Decreto 364/2005, de 8 de abril de cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (BOE 94, de 20 de abril).
75. 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).

76. 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).