



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN
DESPIDOS EMPRESARIALES**

Evolución normativa y jurisprudencial en materia de protección a
la maternidad

Autor: Patricia Suarez de Tangil Zea

5 E-3D

Derecho de Trabajo y Seguridad Social

Tutor: María José López Álvarez

Madrid

Abril 2019

Resumen

El despido de una trabajadora embarazada es un tema muy actual y polémico en España. Decir que una mujer embarazada no puede ser despedida es un mito común en nuestra sociedad, si bien es cierto que este colectivo especialmente sensible se encuentra particularmente protegido frente al despido. Esta protección especial queda garantizada tanto por la normativa como por la labor jurisprudencial. El presente trabajo estudia la normativa internacional, comunitaria y nacional. En el marco normativo interno, la tutela de la trabajadora embarazada frente al despido va más allá de las exigencias comunitarias, consagrando la presunción de nulidad de la trabajadora en estado de gestación como la nulidad del despido cuando tiene fines discriminatorios. Sin embargo, esta prohibición de despido no es absoluta y sigue teniendo carencias, por ello, también se analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, ya que su labor en política social es fundamental en la lucha por la igualdad de hombres y mujeres en el mundo laboral.

Palabras clave

Protección especial, discriminación por razón de género , igualdad mujeres y hombres, despido, embarazo, maternidad.

Abstract

The dismissal of a pregnant worker is a very current and controversial issue in Spain. Saying that a pregnant woman can not be fired is a common myth in our society, although it is true that this especially sensitive group is notably protected against dismissal. This special protection is guaranteed by both law and jurisprudence. This paper studies international, community and national regulations. In the internal regulatory framework, the protection of the pregnant worker against dismissal goes beyond the community requirements, establishing the presumption of nullity of the dismissal when it has a discriminatory basis. However, this prohibition of dismissal is not absolute and continues to be lacking. Therefore, the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, the Constitutional Court and the Supreme Court is also analyzed, since its work in social politics is fundamental in the struggle for the equality of men and women in the workplace.

Key words

Special protection, Gender discrimination, Equality in women and men, Dismissal, Pregnancy, Maternity.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Propósito general de la investigación.....	6
1.2. Contextualización del tema y justificación del interés en cuestión	6
1.3. Metodología.....	8
1.4. Objetivos del estudio	8
1.5. Estructura del trabajo.....	8
1.6. Contextualización del principio de igualdad como valor fundamental.....	9
1.6.1. <i>Importancia Unión Europea en políticas de igualdad</i>	<i>10</i>
2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA GESTACIÓN EN DESPIDOS EMPRESARIALES	12
2.1. La Organización Internacional del Trabajo y su papel fundamental en la protección a la maternidad de la trabajadora	12
2.2. Marco normativo comunitario	14
2.2.1. <i>Artículo 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2006/54</i>	<i>14</i>
2.2.2. <i>Directiva 92/85</i>	<i>15</i>
2.2.3. <i>Directiva 98/59</i>	<i>17</i>
2.3. Marco normativo interno.....	18
2.3.1. <i>El derecho de igualdad en la regulación interna española.....</i>	<i>18</i>
2.3.1.1. <i>Aspectos más relevantes de la Ley de Igualdad</i>	<i>19</i>
2.3.2. <i>Protección frente al despido de la trabajadora embarazada.....</i>	<i>21</i>
2.3.2.1. <i>El despido disciplinario.....</i>	<i>22</i>
2.3.2.2. <i>El despido objetivo</i>	<i>24</i>
2.3.2.3. <i>El despido colectivo.....</i>	<i>25</i>
2.3.2.4. <i>Los periodos de prueba</i>	<i>27</i>
2.3.2.5. <i>El contrato temporal.....</i>	<i>28</i>
3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA GESTACIÓN EN DESPIDOS EMPRESARIALES	29
3.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	29
3.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	33

3.2.1. <i>Necesidad de comunicación del estado de gestación</i>	33
3.2.2. <i>La carga de la prueba</i>	36
3.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo	37
3.4. Dudas sobre la tutela preventiva en el sistema español. STJUE 22 de febrero de 2018	40
4. CONCLUSIONES	45
4.1. Comparativa con los Estados Miembros de la Unión Europea en materia de protección a la trabajadora embarazada	45
4.2. Recomendaciones de medidas que refuercen la tutela preventiva en el sistema normativo	48
4.3. Conclusión final	49
5. BIBLIOGRAFÍA	50

Listado abreviaturas

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Propósito general de la investigación

A lo largo de los años, se han ido aprobando y modificando multitud de leyes que protegen a la trabajadora embarazada. Sin embargo, aunque la igualdad entre hombres y mujeres este consagrada en nuestra Constitución, la desigualdad real entre ambos sexos todavía no se ha erradicado. En el presente trabajo de investigación, se intentará *analizar si la protección especial de la que gozan las mujeres trabajadoras en estado de gestación¹ es suficiente frente a un despido empresarial, o si por el contrario, sería necesaria una mayor protección para erradicar estas injusticias.*

1.2. Contextualización del tema y justificación del interés en cuestión

El hecho de ser madre o estar embarazada provoca una gran vulnerabilidad en el mundo laboral, ya que la actividad laboral puede afectar de manera importante a la salud tanto de la trabajadora como de su hijo². Además, algunos empresarios suelen considerar a estos colectivos como menos eficientes o válidos y por ello, terminan siendo afectadas por los despidos empresariales. Por esta razón, este colectivo resulta especialmente sensible y precisan de una protección diferenciada de la genérica para los trabajadores ordinarios.

La legislación comienza a ocuparse de la protección a la maternidad en el S.XX, en esta época la protección se enfoca desde un punto de vista pronatalista. Una de las grandes preocupaciones de este siglo era reducir la tasa de mortalidad infantil, por ello, se elabora una normativa³ que protegía a la mujer embarazada para mejorar la salud y reducir los riesgos que conllevaba el mundo laboral, pero no era una protección económica. En Europa, las leyes sobre maternidad obedecían a fines que promoviesen la natalidad. Con la II Revolución Industrial y las Guerras Mundiales hubo una gran incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la cual fue indispensable para poder continuar con el progreso económico. Los poderes públicos eran conscientes de la importancia de los hijos, ya que ello implicaba más mano de obra y posibles nuevos miembros para los

¹ Señalar que a lo largo del trabajo la autora se referirá de manera indiferente a los conceptos de maternidad, estado de gestación o embarazo; en estos conceptos estará siempre incluido la mujer embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

² Fernández Martín, M., “Protección de la Maternidad frente a los Riesgos Laborales”, 2015, p.2. (disponible en

<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/4256/TRABAJO%20FIN%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>; última consulta 10/3/2019).

³ Ley de 8 de enero de 1907 de protección a la maternidad.

ejércitos⁴. Por esta razón, las primeras normativas que protegían a la trabajadora embarazada se basaron en intentar “contrarrestar la caída de la natalidad producida por la masiva entrada de la mujer al mundo del trabajo”⁵.

Hasta la década de los ochenta, y como consecuencia de la incorporación de España en la Unión Europea, nuestro ordenamiento jurídico no empieza a introducir verdaderas normas sobre la protección de la maternidad desde un punto de vista de justicia social y de igualdad entre hombres y mujeres. Esas normas, muchas veces son derivadas de forma directa de la transposición de las directivas europeas sobre la tutela de la trabajadora embarazada. No obstante, nuestro ordenamiento actual no contiene una gran alusión a la maternidad, excepcionando la normativa laboral⁶.

Tras esta breve introducción sobre el origen de la protección a la maternidad, se mencionará la razón por la cual esta cuestión es un tema de gran interés.

La discriminación que sufre la mujer es un tema muy actual en nuestros días, en este trabajo, se intentará huir de los estereotipos que se han fijado en nuestra sociedad, para intentar analizar si verdaderamente la mujer, concretamente la trabajadora embarazada, sigue sufriendo discriminación frente al resto de trabajadores ordinarios en el caso de los despidos empresariales. Si bien es cierto que la discriminación a la mujer es evidente, como por ejemplo ocurre con la violencia de género, que hasta se ha visto aumentada en los últimos años. Sin embargo, desde el punto de vista de la autora, también existe una gran desinformación, por ejemplo, es una creencia común que la mujer embarazada no puede ser despedida, como más adelante se analizará esto no es realmente así, ya que el despido será lícito siempre y cuando no este relacionado con su estado biológico. Por lo tanto, el interés de la cuestión reside en realizar una revisión de la normativa y jurisprudencia para poder ser capaz de concluir si como la mayoría de la sociedad afirma, el problema de la discriminación es un tema que merece más atención por parte de los gobiernos o si por el contrario la normativa nacional y europea es suficiente para garantizar la igualdad de la trabajadora embarazada frente al resto de trabajadores ordinarios.

⁴ “Protección de la Maternidad frente a los Riesgos Laborales”, cit., p.2.

⁵ Igareda González, N., “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 18, 2009, p.141-143.

⁶ *Ídem*

1.3. Metodología

Para la elaboración del presente trabajo se ha llevado a cabo una metodología descriptiva, la cual ha consistido en analizar la normativa, jurisprudencia y artículos científicos relacionados con la materia de estudio. Para llevar a cabo esta labor se han utilizado las bases de datos de Google Académico, Dialnet y Aranzadi Instituciones. También se ha acudido a la Biblioteca online de la Universidad Pontificia de Comillas. Todas estas fuentes empleadas, quedan recogidas tanto en las notas al pie de página como en el apartado de Bibliografía.

1.4. Objetivos del estudio

Los objetivos específicos para abordar este tema de investigación son los siguientes:

- Análisis de la evolución normativa en materia de protección a la trabajadora en estado de gestación, desde un punto de vista internacional, comunitario y nacional.
- Estudio de la jurisprudencia más relevante en la materia, incluyendo tanto la jurisprudencia comunitaria como la del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.
- Breve análisis de la regulación que ofrecen los países miembros de la Unión Europea para proteger a la trabajadora embarazada en los despidos empresariales.
- Elaboración de posibles alternativas para garantizar una mayor tutela preventiva en España.

1.5. Estructura del trabajo

El presente trabajo se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo se estructura en el propósito general de la investigación, contextualización del tema y justificación del interés en cuestión, objetivos del estudio y contextualización del principio de igualdad como valor fundamental. Respecto al último apartado de la introducción, aunque el objeto del estudio sea analizar si la protección que ostentan las mujeres embarazadas frente a los despidos empresariales es suficiente, se considera necesario hacer una breve introducción de cómo la promoción y protección de la igualdad de género ha ido ganando importancia en las últimas décadas.

El segundo capítulo contempla un análisis de la normativa en materia de protección a la maternidad frente al despido, desde el punto de vista internacional, comunitario y nacional, realizando asimismo una revisión de la normativa en los despidos disciplinarios, objetivos, colectivos, periodos de prueba y contratos temporales. En el tercer capítulo se

analiza la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, además de se hace una especial mención a una de las Sentencias más importantes en la materia, la cual lleva a plantearse si nuestro sistema legislativo es suficiente para garantizar la protección de la trabajadora embarazada frente los despidos empresariales.

Finalmente, el cuarto capítulo contempla una breve observación de cómo el resto de los países de la Unión Europea regulan la protección frente al despido de estos colectivos especialmente sensibles, y se termina con las conclusiones finales donde se realiza una serie de propuestas para mejorar la protección de la trabajadora embarazada en el sistema legislativo español.

1.6. Contextualización del principio de igualdad como valor fundamental

Si las mujeres tuvieran igualdad de oportunidades para desarrollar todo su potencial, el mundo no solo sería más justo, sino también más próspero [...] El cambio está ocurriendo, pero no lo suficientemente rápido, y a 2700 millones de mujeres se les sigue limitando legalmente el acceso a los mismos empleos que los hombres.⁷

La incorporación de la mujer al mundo laboral no ha sido precisamente fácil. En los últimos años, se ha vivido una importante evolución normativa a favor de la inclusión y protección del trabajo femenino. Hasta el siglo XX, la legislación estaba enfocada prácticamente a los hombres, habiendo muchos trabajos que se consideraban exclusivos de los hombres, como podían ser los trabajos pesados o nocturnos, y estableciendo que el papel de la mujer era el cuidado de la familia y del hogar⁸.

El punto de partida para superar la desigualdad, se encuentra con la aprobación de la Constitución de 1978. Con el inicio de la democracia, España se ve volcada en un proceso de modernización⁹. La CE en su artículo 14¹⁰, reconoce de una manera explícita la igualdad entre hombres y mujeres y el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad. De la misma manera, la igualdad entre hombres y

⁷ Palabras enunciadas por Kristalina Georgieva, Presidenta Interina del Grupo Banco Mundial, en: Banco Mundial, *Mujer, Empresa y el Derecho 2019: Una década de reformas*, 2019 (disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31327/WBL2019.pdf> última consulta 13 de marzo de 2019).

⁸ Gorelli Hernández, J., “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato: la regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 97, 1999, p. 730.

⁹ Millán Vázquez de la Torre, M., Santos Pita, M. D. P., & Pérez Naranjo, L. M., “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de población*, vol. 21(84), 2015, p.198.

¹⁰ Art.14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

mujeres es reconocida como un principio jurídico universal en diversos textos internacionales en materia de derechos humanos, donde destaca la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y ratificada por España en 1983. De igual forma, es necesario aludir a las conferencias mundiales como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995, debido a los imprescindibles avances que han logrado en la lucha por la igualdad¹¹.

En este mismo ámbito, cabe evocar la igualdad como un principio fundamental de la Unión Europea (en adelante UE), desde el Tratado de Ámsterdam, con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, la promoción y protección de la igualdad entre hombres y mujeres ha estado siempre integrada en todas las agendas políticas y acciones llevadas a cabo por la UE y por sus estados miembros¹².

1.6.1. *Importancia Unión Europea en políticas de igualdad*

Pese a que España se había volcado en la lucha por la igualdad de la mujer, la entrada de España en la UE, en 1986, supuso un gran avance para la promoción de políticas de igualdad y para la creación de nuevos organismos¹³. La Comisión, el Parlamento, el Consejo y el Tribunal de Luxemburgo han sido cruciales para lograr este cambio e incentivar nuevas políticas de género. Sus estrategias llevadas a cabo, se han fundamentado en:

- 1) Igualdad de oportunidades;
- 2) Acción Positiva;
- 3) Transversalidad¹⁴.

La igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres se encuentra recogida desde la creación de la Comunidad Económica Europea, en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957, se establece que los hombres y mujeres deberán recibir el mismo salario por el

¹¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 de marzo de 2007).

¹² *Ídem*

¹³ Lombardo, E., & León, M., "Políticas de igualdad de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica". *Investigaciones feministas*, vol. 5, 2014, p. 17.

¹⁴ Astelarra, J., "*Políticas de género en la Unión Europea y algunos apuntes sobre América Latina*", United Nations Publications, vol.57, 2004, p.5.

mismo trabajo¹⁵. Actualmente, dicho artículo se contempla en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), además el art. 19 del TFUE establece que se podrán tomar las acciones que se estimen oportunas para luchar contra la discriminación, incluyendo, de forma explícita la discriminación por motivos de género. El art. 3 del TFUE también evoca el cometido de la UE de lograr la eliminación de todo tipo de desigualdades entre mujeres y hombres y busca promover la igualdad a través de todos sus mecanismos (un concepto conocido como “integración de la dimensión de género”)¹⁶.

Por otro lado, el art. 153 del TFUE determina que la Unión Europea para lograr los objetivos de su política social, asistirá a todos los Estados Miembros en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres¹⁷. De igual forma, la UE al proclamar sus valores fundamentales incluye de manera expresa la igualdad y, además en los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) se consagra de forma expresa la igualdad entre hombres y mujeres¹⁸. Estos mismos objetivos también se encuentran en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁹.

En los años ochenta y noventa, se da una especial importancia a los interlocutores sociales, como es la creación del *Lobby* Europeo de Mujeres. Además, la UE para lograr el cumplimiento de las políticas de género, ha basado sus estrategias en la elaboración de programas de Acción Comunitaria y creación de medidas de igualdad y recomendaciones específicas para los Estados Miembros²⁰. Entre los programas de Acción Comunitaria, cabe destacar el novedoso termino de *mainstreaming* de género, que también ha sido incluido en el Tratado de Ámsterdam, concretamente en el art.3.2, que exige a la UE que tenga presente en todas sus actividades la lucha contra la desigualdad de la mujer. Asimismo, la Comisión para promover el *mainstreaming* de género ha creado un Grupo de Comisarios para la igualdad de oportunidades, un grupo de *interservice* para igualdad de género y un Comité Consultivo sobre la igualdad de oportunidades.²¹

¹⁵ “Políticas de igualdad de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica”, cit., p.20.

¹⁶ Schonard, M., “La igualdad entre hombres y mujeres”, *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, 2019, p.1. (disponible en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.3.8.pdf, última consulta 5/3/2019).

¹⁷ *Ídem*

¹⁸ Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el tratado de Lisboa. (BOE 30 de marzo de 2010).

¹⁹ “La igualdad entre hombres y mujeres”, cit., p.1.

²⁰ “Políticas de género en la Unión Europea y algunos apuntes sobre América Latina” cit., p. 22.

²¹ Lombardo, E., “El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, vol. 13, 2003, pp. 7-10.

Las políticas de igualdad sufren un importante estancamiento con la llegada de la crisis económica y financiera a la UE, en particular a partir de 2010. Para intentar dar solución a esta crisis, la UE lleva a cabo las conocidas políticas de austeridad. De esta manera, las políticas sociales de igualdad de género pasan a un segundo plano y el *mainstreaming* de género ya no es una prioridad, por lo tanto, las reformas que esta nueva estrategia proponía no se pueden llevar a cabo. El Plan Europeo de Recuperación se focaliza en una reducción del gasto público, y ni siquiera se menciona el término “igualdad”²².

2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA GESTACIÓN EN DESPIDOS EMPRESARIALES

La normativa referente a la regulación de la protección a la mujer embarazada ha ido evolucionando a lo largo de los años. En este epígrafe se analizará la normativa desde el punto de vista internacional, europeo y nacional.

Aunque la normativa internacional y comunitaria no nazca del seno de nuestro poder legislativo, son verdaderamente importantes dado que obligan al estado una vez se ratifica el Convenio Internacional, o se traspone a nuestro ordenamiento una Directiva.

2.1. La Organización Internacional del Trabajo y su papel fundamental en la protección a la maternidad de la trabajadora

La normativa desarrollada por la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT) ha experimentado importantes evoluciones a lo largo de la historia. El punto de partida se encuentra en el Convenio núm. 3, de noviembre de 1919, relativo a la protección de la maternidad. En aquellos años, la protección a la gestación se entendía de una manera muy distinta a la actual. Se partía de una doble reflexión, en primer lugar, se veía a la mujer como un sujeto más “débil” e inferior al hombre, y en segundo lugar, se creía que su principal función era la maternidad. Por esta razón, en los primeros Convenios se prohíben determinados trabajos a las mujeres, para de esta manera poder proteger tanto a la mujer como su maternidad²³. Dicho Convenio prohibía el trabajo a la mujer, tanto seis semanas antes como seis semanas después del parto. También se exigía

²² “Políticas de igualdad de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica”, cit., p.26.

²³ Fernández Martín, M., “Protección de la Maternidad frente a los Riesgos Laborales”, 2015, pp. 7-8 (disponible en <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/4256/TRABAJO%20FIN%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>; última consulta 10/3/2019).

una prestación suficiente para su manutención y la de su hijo, y se consideraba ilegal el despido cuando la mujer se ausentaba del puesto de trabajo por las anteriores cuestiones. Este convenio fue ratificado por España el 4 de julio de 1923.²⁴

En la década de los cincuenta se encuentra un punto de inflexión, se pasa de una visión que busca la protección de la mujer embarazada, prohibiendo su despido, con el fin de favorecer su salud e incentivar su principal función que era tener hijos, a una visión mucho más igualitaria, donde verdaderamente se quiere poner fin a la discriminación. En el año 1952, el Convenio anterior es modificado por el Convenio núm.103. Este Convenio pretende adaptar, mediante medidas preventivas, la protección de la mujer embarazada en el mundo laboral, y es el inicio de nuestro actual sistema de prevención de riesgos laborales. Entre las medidas que refuerzan la protección de la embarazada destacan: la ampliación del periodo de descanso, no debiendo ser inferior a doce semanas y siendo obligatorio un mínimo de descanso de seis semanas; asimismo la trabajadora deberá recibir prestaciones económicas y médicas cuando se ausente del trabajo como consecuencia de su maternidad.²⁵ España ratificó este Convenio en 1965.²⁶

En los años 1981 y 1982 tienen lugar otros dos Convenios que adopta la OIT, el Convenio núm.156 y el Convenio núm. 158 respectivamente. Estos dos Convenios no hacen referencia expresa a la protección de la maternidad, pero si la regulan de una manera indirecta. En el Convenio de 1981 se llevan a cabo medidas para lograr una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, además se establece que tener responsabilidades familiares no es causa justa para efectuar un despido. En el Convenio de 1982, si que se encuentra una referencia directa a la mujer embarazada, en el art.5 apartado e) se dispone que las ausencias en el puesto de trabajo derivadas de la maternidad jamás serán causa justificada para la terminación del contrato laboral.²⁷

En último lugar, cabe mencionar el último Convenio adoptado por la OIT en materia de protección de la mujer trabajadora embarazada, el Convenio núm.183. Dicho Convenio entró en vigor el 7 de febrero de 2002, sin embargo, España todavía no lo ha ratificado. Este Convenio es el más protector en comparación con los anteriores, se prohíbe el

²⁴Jiménez Román, M., “Despido de mujer embarazada”, 2017, p.9 (disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/167253> ; última consulta 15/3/2019)

²⁵ “Despido de mujer embarazada”, cit., p. 10.

²⁶ El 17 de agosto de 1965 entra en vigor en España el Convenio núm. 103, con excepción de las personas a las que se refiere el art.7 párrafo 1 d), que hace referencia a aquellas mujeres que trabajen en su domicilio de manera asalariada.

²⁷ “Despido de mujer embarazada”, cit., p.11.

despido de la trabajadora embarazada, de las trabajadoras en periodo de descanso debido a la maternidad, además de establecer otras diversas medidas que luchan contra la batalla de la discriminación por razón de género.²⁸

2.2. Marco normativo comunitario

La protección que ofrece la UE a la trabajadora embarazada frente a los despidos, se encuentra recogida en el art. 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), en la Directiva 92/85 y en la Directiva 98/59, además de en diferentes Recomendaciones, Decisiones y Programas de Acción Comunitaria.

2.2.1. *Artículo 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2006/54*

La CDFUE en su art.33.2 consagra que “toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa de relacionada con la maternidad”²⁹. Se ha de tener en cuenta que la CDFUE, tiene el mismo valor que los Tratados de la UE y por lo tanto, no necesita ser traspuesta a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, teniendo una aplicación directa cuando se aplique el Derecho de la UE. Es más, el art. 10 de la Directiva 92/85 lo que hace es materializar este derecho fundamental³⁰. En virtud de todo ello, hay que destacar el art.2.2 de la Directiva 2006/54/CE³¹, el cual establece que el término discriminación incluye cualquier trato desfavorable que tenga que ver con el embarazo o permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85³².

²⁸ *Ídem*

²⁹ Art. 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01) (BOE de 18 de diciembre de 2000).

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (nº rec.713/2018) (FJ 10).

³¹ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asunto de empleo y ocupación (BOE de 26 de julio de 2006).

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (FJ 10).

2.2.2. Directiva 92/85

La Directiva 92/85³³ nace de la acción legislativa de la UE en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, ya que la Directiva-Marco 89/391/CEE³⁴, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, consagraba en su art. 15 el deber de proteger a aquellos colectivos especialmente sensibles que se encuentran expuestos a peligros específicos.³⁵

Esta Directiva regula la protección de la trabajadora embarazada desde un punto de vista global y variado, donde se puede apreciar una doble distribución. Una parte analiza la posible exposición de la trabajadora embarazada a agentes que puedan ser dañinos tanto para la salud como la de su futuro hijo, y las directrices que se han de adoptar para evitar su exposición al daño.³⁶ La segunda parte se refiere a la protección de la trabajadora embarazada desde un punto de vista más amplio. Esta normativa pretende ajustar los compromisos familiares con los laborales³⁷.

El grueso de la protección a la mujer embarazada gira en torno a dos preceptos. La primera tutela se refiere a la regulación del descanso por maternidad, recogido en el art.8³⁸, el cual deberá ser como mínimo 14 semanas y obligatoriamente se tendrá que descansar 2 semanas después del parto. La segunda protección se refiere a una norma prohibitiva, la

³³ 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 (BOE 28 de noviembre de 1992). Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2014/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento nº1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (BOE 5 de marzo de 2014).

³⁴ Directiva traspuesta por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995).

³⁵ Barreto, D.M.C., “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol.23, 2010, p.90.

³⁶ “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia”, cit., p.91.

³⁷ Fernández López, M.F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol.79, 2005, p. 19.

³⁸ Art.8 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

cual se encuentra en el art.10³⁹, estableciendo la prohibición del despido de trabajadoras durante el periodo de inicio del embarazo y el final del permiso de maternidad.⁴⁰

Entre las directrices adoptadas para proteger la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, cabe destacar que la empleada en ningún caso deberá verse obligada a realizar actividades que supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos enmarcados en el anexo II, sección A, y en el caso de la trabajadora en periodo de lactancia deberá atenderse al anexo II, sección B. Para evitar estos riesgos se deberán adaptar las condiciones de trabajo, y si ello no resulta posible se tendrá que cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora embarazada. Si esta última transferencia también resulta imposible, la trabajadora deberá quedar dispensada de trabajar durante el periodo necesario con el fin de proteger su salud y seguridad.⁴¹

La misma regla anterior se aplica en el caso de que la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia tenga un puesto de trabajo nocturno. En este caso, y siempre que una certificación médica que desaconseje dicho trabajo, deberá cambiarse a un puesto de trabajo diurno, prolongar el descanso de maternidad si el trabajo de día no es posible, o quedar dispensada de ese trabajo durante el periodo comprendido.⁴²

Otra medida de interés es la referente al derecho de poder disfrutar de permisos para realizar los correspondientes exámenes prenatales, sin que ello conlleve una pérdida de remuneración en el caso de que se tenga que realizar dicho examen durante el horario de trabajo.⁴³ Además, durante el permiso de maternidad, la trabajadora deberá recibir, como mínimo, la remuneración equivalente a la de un trabajador que se encuentra de baja por motivos de salud, hasta un límite máximo que quedará en manos de las legislaciones de los Estados Miembros⁴⁴.

Sin embargo, aunque sea una norma de especial importancia por sus contenidos, la Directiva 92/85 es una Directiva de mínimos, y por lo tanto, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) ha tenido que interpretar algunas cuestiones, dado que algunos

³⁹ Art.10 de 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 periodo de lactancia

⁴⁰ “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, cit., p. 21.

⁴¹ “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia”, cit., p.91.

⁴² *Ídem*

⁴³ *Ídem*

⁴⁴ *Ibidem*, cit., p.92.

conceptos se enuncian de una manera muy abstracta y pueden dar lugar a problemas de interpretación. Por ejemplo, el art.10 que consagra la prohibición de despido de la mujer embarazada, no se debe entender como una obligación del empleador a renovar un contrato temporal. De la misma manera, la Directiva deja en la sombra otras cuestiones como puede ser quien es el órgano competente para remunerar a la trabajadora con contrato suspendido, ya que podría ser el mismo empresario, la asistencia social o el seguro, o si la trabajadora embarazada que goza de licencia por maternidad, después tendrá derecho al mismo puesto y en las mismas condiciones⁴⁵.

2.2.3. Directiva 98/59⁴⁶

Esta Directiva resulta relevante en el ámbito de los despidos colectivos. En su art. 2 menciona que el empresario cuando tenga la intención de realizar un despido colectivo debe abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, con la finalidad de llegar a un acuerdo (que evite o disminuya los despidos y atenúe las consecuencias). Durante este periodo de consultas, el empresario deberá justificar por escrito los criterios y motivos que ha llevado a cabo para la selección del personal que será despedido⁴⁷. Esta regla se encuentra traspuesta en el art. 51.2 del ET⁴⁸.

Es importante mencionar que la normativa nacional (art. 51.2 del ET y art. 12 del Real Decreto 1483/2012) permite que el empleador varíe los criterios de selección de los trabajadores en la decisión final. La Directiva de despidos colectivos no contempla dicho presupuesto, pero la doctrina ordinaria afirma que estas normas son conformes a la Directiva, siempre y cuando, esta nueva actualización de los criterios se haya mencionado en la negociación colectiva⁴⁹.

Pese a que la Directiva de despidos colectivos, no mencione nada sobre la carta de despido, resulta necesario aludir a la jurisprudencia del TS. El art. 53.1 del ET establece que se habrá de comunicar la causa al trabajador, es vital analizar que se entiende por

⁴⁵ “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, cit., p.21.

⁴⁶ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. (BOE de 12 de agosto de 1998)

⁴⁷ Art. 2 Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁴⁸ Beltrán de Heredia Ruiz., I., “Trabajadoras embarazadas, despidos colectivos y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018 (disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/06/11/trabajadoras-embarazadas-despido-colectivo-y-criterios-de-seleccion-primeras-reacciones-al-caso-porras-guisado-tsj-cyl/> última consulta 25/3/2019)

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (FJ 5).

“causa”. El TS entiende que por “causa” ha de contemplarse tan solo las justificaciones de las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, sin tener la necesidad, el empleador de incluir las causas individuales de cada trabajador objeto del despido colectivo. El TS interpreta que con la reforma de 2012, por la cual se extiende la formalidad de comunicación individual de los despidos objetivos a los despidos colectivos es suficiente, afirmando que una formalidad mayor carece de sentido, ya que en el despido colectivo ya ha tenido lugar una negociación precedente entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁵⁰. Por todo ello, si en la carta de despido no se explican las causas específicas y concretas de cada trabajador, no se estaría ante un despido ilícito⁵¹.

Sin embargo, la Directiva de despidos colectivos si exige que los criterios que se hayan utilizado para seleccionar a unos trabajadores frente a otros sean exteriorizados por el empresario y sometidos a la negociación colectiva. Por lo tanto, aunque estos criterios no estén presentes en la carta de despido, el trabajador los debe conocer a través de los representantes legales que han estado presentes en la negociación colectiva durante el periodo de consultas⁵².

Por todo ello, si el trabajador impugna su despido estableciendo que el empresario no ha aplicado los criterios de selección determinados por el despido colectivo, se tendrá que acreditar que criterios fueron fijados para el despido colectivo y que criterios se aplicaron finalmente al trabajador despedido. Según el art. 217.7 de la LEC, será el empresario el que deba acreditar estos criterios. Si el órgano jurisprudencial aprecia que estos criterios son discriminatorios o vulneran derechos fundamentales, el despido se calificará como nulo⁵³.

2.3. Marco normativo interno

Este apartado quedará dividido en dos puntos, se hará una breve mención a la Ley de Igualdad, para después entrar de lleno en el análisis de la regulación nacional que tutela la maternidad frente a los despidos empresariales.

2.3.1. *El derecho de igualdad en la regulación interna española*

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (nºrec.231/2013) y Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016 nº(rec.2507/2014).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (FJ 6).

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (FJ 7).

⁵³ *Ídem*

La ley de Igualdad⁵⁴ supuso un gran cambio en nuestra legislación, ya que gracias a esta normativa existe una nueva concepción de igualdad, donde las leyes igualdad ya no se entienden como leyes sectoriales para mejorar determinados ámbitos de la vida social y laboral de la mujer, sino como leyes transversales conducidas a eliminar todos los prejuicios que minusvaloran a la mujer. La Ley de Igualdad, pretendía verdaderamente una igualdad entre hombre y mujer, pero como se puede ver, esta Ley no ha sido suficiente para eliminar la discriminación de género y los problemas que se enuncian en la Exposición de Motivos de la Ley todavía no se han erradicado, aunque si que se puede considerar un logro en la lucha por la desigualdad⁵⁵.

Como la aprobación de esta Ley coincidió con el inicio de la crisis económica, su activación plena quedo paralizada en determinados ámbitos. No obstante, el Real Decreto-Ley 6/2019⁵⁶, modifica la Ley de Igualdad en varios aspectos, en lo que a la materia de estudio de este trabajo se refiere, cabe mencionar la siguiente alternación sustancial en materia de protección frente al despido de la trabajadora embarazada:

El Real Decreto introduce un cambio en los apartados 2 y 3 del art. 14 del ET, estableciendo la presunción de nulidad en el caso de resolución, a instancia empresarial, del contrato durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada -desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de periodo de suspensión-⁵⁷.

Pese a que la Ley de Igualdad, no sea una ley que se refiera de una manera directa a la protección de la trabajadora embarazada, su influencia ha sido muy importante en materia de protección y promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, y por lo tanto, también incide en la regulación y jurisprudencia sobre la maternidad en el mundo laboral.

2.3.1.1. Aspectos más relevantes de la Ley de Igualdad

Un aspecto muy novedoso de la Ley de Igualdad, es el art.6 que asienta el concepto de discriminación, diferenciando la discriminación directa e indirecta. Para entender el significado real de la discriminación directa, hay que remitirse a la interpretación de A. Aguilera Rull⁵⁸, según su criterio se debe realizar un juicio de comparación entre la

⁵⁴ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁵⁵ “Despido de mujer embarazada”, cit., pp.9 y 18.

⁵⁶ Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo de 2019).

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ Aguilera Rull, A., “Discriminación directa e indirecta”, *Revista per a l'analisi del dret*, 2007, p.5 (disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78708/102784> última consulta 25/3/2019)

presunta víctima que ha sufrido discriminación y otra situación real, siendo suficiente que exista el riesgo de que este trato desfavorable pueda darse, aunque este no se haya llegado a producir⁵⁹. Por otro lado, el concepto jurídico de discriminación indirecta resulta más indeterminado, dejando una interpretación más amplia a los Tribunales. Sin embargo, este tipo de discriminación es muy difícil de probar en la práctica, dado que aparentemente la situación es neutra, por ello este concepto no ha tenido un gran seguimiento práctico, dado que los Tribunales siempre suelen castigar solo la discriminación directa. Un ejemplo de discriminación indirecta sería, la igualdad de salario en una misma categoría laboral, es decir, para un mismo puesto cobran lo mismo tanto mujeres como hombres, pero en cambio en las categorías peor remuneradas hay una mayoría de mujeres⁶⁰.

Asimismo, el art. 8 resulta de especial importancia en este caso, estableciendo que “todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”⁶¹, será considerado discriminación directa.

El art.10 de esta Ley, establece las consecuencias jurídicas de una conducta discriminatoria. Este art. señala una protección tanto *ex post*, es decir, con carácter reparatorio⁶², al hablar de “responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones”⁶³ como una protección *ex ante*, es decir, con carácter preventivo, cuando se establece “sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”⁶⁴.

Por último, otro aspecto muy relevante de la Ley de Igualdad es la novedosa introducción del derecho de paternidad⁶⁵. La mujer es el eje central de esta Ley, donde se pretende agrupar todas las medidas jurídicas que favorezcan y compatibilicen el trabajo con los intereses familiares⁶⁶. Esto exige, naturalmente un cambio en la mentalidad de la

⁵⁹ Rubio, M.P.G, “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho privado y constitución*, vol. 21, 2007, pp.131.

⁶⁰ Escuela de Administración Pública de Extremadura, “Discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación múltiple”, *Guía de formación para la incorporación de la igualdad en la Administración pública* (disponible en http://eap.gobex.es/external/guia_formacion_igualdad/contenido/cap3/2contenidos_de_la_clase-discriminaciones.html última consulta 18/3/2019)

⁶¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶² “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, cit., p. 134-135.

⁶³ Art.10 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶⁴ *Ídem*.

⁶⁵ Aguilera Izquierdo, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº especial 69, 2007, pp.71-72.

⁶⁶ “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares,

sociedad, dicho cambio viene principalmente determinado por el reconocimiento a los padres de un derecho a un permiso y una prestación por paternidad⁶⁷.

2.3.2. Protección frente al despido de la trabajadora embarazada

El principal fundamento que defiende y obliga a la protección de la mujer embarazada, se encuentra en el ya mencionado art. 14 de la CE, donde se consagra la igualdad entre mujeres y hombres.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 39/1999⁶⁸, en nuestro ordenamiento jurídico no existía ninguna disposición expresa que protegiese frente al despido a la trabajadora en estado de gestación. La protección simplemente se basaba en medidas genéricas contra la discriminación, sin incluir siquiera una protección específica a la mujer trabajadora⁶⁹.

Así pues, con la Ley 39/1999 se garantiza en nuestra legislación la protección de la mujer trabajadora embarazada frente a los despidos discriminatorios, estableciendo una presunción de nulidad frente al despido. Esta Ley tiene su origen en la transposición de la normativa del Derecho Comunitario, particularmente se adapta a nuestro ordenamiento interno la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 92/85, de la primera Directiva cabe mencionar el contenido sobre la discriminación directa por razón de maternidad biológica y de la segunda Directiva, como ya se ha mencionado, cabe destacar el art. 10 que prohíbe el despido de la trabajadora en estado de gestación, comprendido desde el inicio del embarazo hasta el final de la baja por maternidad⁷⁰. Asimismo, mencionar que la labor del Tribunal de Luxemburgo ha sido fundamental para promocionar la tutela de la mujer embarazada en el marco comunitario, es por ello que se analizará de manera exhaustiva más adelante.

evitando toda discriminación basada en su ejercicio.” (art.44.1 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)

⁶⁷ “Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.” (art. 44.3 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)

⁶⁸ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6 de noviembre de 1999)

⁶⁹ La Ley 11/1994, que fortalece la protección, de forma genérica, frente a tratos discriminatorios o violación de derechos fundamentales.

⁷⁰ Rodríguez Copé, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “iuris et de iure” del móvil discriminatorio, ¿en todo caso?”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 96, 2008, pp. 232.

Gracias a la Ley 39/1999 se introduce un cambio de paradigma en el ET⁷¹, ya que modifica el art.55.5⁷² estableciendo la nulidad de despido de la trabajadora embarazada, salvo que este sea procedente, este art. será explicado a continuación. Hasta el ET actual, no se contemplaba de manera explícita una protección especial de la trabajadora embarazada⁷³, ya que los anteriores ET se limitaban a declarar la nulidad de los despidos que tuvieran como causa la discriminación o violación de derechos fundamentales. Los arts. 4.2.c) y 17 consagran la no discriminación por razón de género en las relaciones laborales⁷⁴.

2.3.2.1. El despido disciplinario

El despido disciplinario se encuentra regulado, tanto su forma como sus efectos, en el art. 55 del ET⁷⁵. Según el apartado 3 de este art., “[e]l despido será calificado como procedente, improcedente o nulo”⁷⁶. Conforme a este art., un despido será improcedente cuando no se den las causas requeridas para que sea procedente, es decir, que no se haya comunicado por escrito al trabajador las causas que motivan su despido y la fecha en la que tendrá lugar los efectos del despido. El despido será nulo si la causa es discriminatoria o si se da alguna causa recogida en el segundo párrafo del apartado quinto, en él se refleja una mayor protección a la gestación, durante los periodos de permisos por maternidad. Destacar que según el apartado c) del apartado quinto del art. 55, también existe presunción de nulidad del despido una vez la trabajadora se ha reincorporado a su puesto de trabajo, siempre que no hayan transcurrido más de doce meses desde el nacimiento o adopción⁷⁷.

A modo aclaratorio, la nulidad objetiva consagrada en los apartados a), b) y c) del art.55.5 es distinta de la nulidad por discriminación contemplada en el párrafo primero “y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento

⁷¹ 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 24 de octubre de 2015)

⁷² La última modificación del art.55.5 del ET se da con el Real Decreto-Ley 6/2019, alterando de las letras a) a c).

⁷³ Los Estatutos de los Trabajadores de 1980 y 1995 solo contemplaban la prohibición de discriminación por razón de género.

⁷⁴ “Despido de mujer embarazada”, cit.,p.15.

⁷⁵ Art. 55 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁶ “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “iuris et de iure” del móvil discriminatorio, ¿en todo caso?”, cit., p. 234.

⁷⁷ Art. 55 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”⁷⁸. Por lo tanto, el ET supera los mínimos de protección previstos en la Directiva 92/85⁷⁹.

Resulta necesario entrar en un análisis más profundo del art.10 de la Directiva 92/85⁸⁰, como se ha mencionado anteriormente, este art. prohíbe el despido de trabajadoras embarazadas. En este precepto cabe destacar:

Por un lado, se consagra la prohibición de despido de las trabajadoras que se encuentren descritas en las situaciones del art.2⁸¹(este art. incluye a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia), desde el inicio del embarazo hasta el final del permiso de maternidad.

Este art. contempla una protección preventiva descrita en el apartado tercero, estableciendo que los Estado miembros tendrán que llevar a cabo las medidas necesarias para proteger a la trabajadoras frente al despido.

Por otro lado, como bien establece el apartado primero y segundo, en aquellos casos excepcionales que no estén relacionados con la situación especial de la trabajadora, si que puede tener lugar el despido, siendo este lícito, pero en estos casos excepcionales el empresario deberá probar las causas y motivos alegados por escrito⁸².

Esta misma regulación del art.55 del ET se encuentra consagrada en la norma procesal, específicamente en el art. 108.2 de la Ley de Jurisdicción Social⁸³, que literalmente repite la fórmula utilizada en el ET. De tal manera, el despido de una trabajadora embarazada será nulo, salvo que se acredite su procedencia, por ello solo cabrá nulidad o procedencia del despido, sin poder contemplar la improcedencia.⁸⁴

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018) (FJ 3).

⁷⁹ *Ídem*

⁸⁰ Art.10 de 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 periodo de lactancia.

⁸¹ Art.2 de 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 periodo de lactancia.

⁸² “Trabajadoras embarazadas, despidos colectivos y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, cit. 15 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (FJ 8).

⁸³ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011)

⁸⁴ Sánchez Múniz, L.M., “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 18, 2014, pp.259 y 265.

El ET ha dado lugar a una gran polémica doctrinal y jurisprudencial, ya que ha habido una gran discusión sobre si es necesario que el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora para considerar discriminatorio su despido⁸⁵. Esta polémica será analizada en el apartado de “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

2.3.2.2. El despido objetivo

De manera muy similar al despido disciplinario, el art. 53.4 del ET⁸⁶ consagra la presunción de nulidad por despido objetivo de la trabajadora embarazada. En la regulación procesal, asimismo, se contempla en el art. 122.2⁸⁷ la presunción de nulidad.

Un aspecto muy importante en este caso es la manera en la que el empresario elige a quienes van a ser despedidos de su plantilla. Hay que tener en cuenta que es el empresario quien elige quien va a ser despedido, y su decisión solo será revisable en los casos de abuso de derecho, fraude de ley o trato discriminatorio⁸⁸. Respecto a estas causas, resulta necesario tener en cuenta los límites que establecen el art.14 CE y 17.1 del ET, donde se obliga a respetar el principio de no discriminación.

Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a 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, [...]

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación⁸⁹.

En consecuencia, la elección de una trabajadora embarazada frente a otros trabajadores será considerado como nulo, al no ser que la causa del despido este motivada por razones ajenas a la maternidad, y por lo tanto el mantenimiento de otros trabajadores se deba a causas que mejoren la competencia de la empresa, lo cual será totalmente legal⁹⁰.

⁸⁵ *Ídem*

⁸⁶ Art.53.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁸⁷ Art.122.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁸⁸ *Vid.* Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 (nºrec.1460/1997) y Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003 (nº rec.1205/2003). Se señala que para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido se tendrá en cuenta la relación entre causa económica y el contrato afectado, y solo en el caso de que el despido afecte a varias personas, se podrá plantear hasta donde llega la libertad empresarial para seleccionar quienes serán los afectados.

⁸⁹ Art. 17.1 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁹⁰ Catalá, R.P., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol.6, nº 7, 2013, p.2.

En otras palabras, el despido por causas objetivas, exige que el empresario acredite en la comunicación escrita los motivos económicos que llevan al despido, el preaviso de quince días y la indemnización correspondiente. Si las causas económicas no quedan acreditadas, el despido será considerado como nulo, ya que estaría operando la nulidad objetiva que protege a la trabajadora embarazada, consagrada en el art.53.4 del ET. Es decir, la procedencia del despido solo podrá tener lugar “cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita”⁹¹, y si esa causa no queda debidamente acreditada no cabe la calificación como despido improcedente, sino que será calificado como nulo, ya que como se ha dicho, la trabajadora embarazada goza de una protección específica, donde el legislador garantiza una tutela superior a la del despido improcedente. Por todo ello, al igual que en los despidos disciplinarios la calificación será de nulidad o procedencia, y esta nulidad operará tanto si el despido es por causas discriminatorias como si no se acredita la causa legal del despido⁹².

2.3.2.3. El despido colectivo

En el despido colectivo se deben dar dos circunstancias, por un lado que este basado en “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”⁹³, y por otro lado, que afecte a un número determinado de trabajadores, en un periodo de 90 días⁹⁴.

En atención a lo cual, el despido colectivo es un despido por causas objetivas de la letra c) del art.52 del ET que afecta a un número mayor de empleados en la plantilla de la empresa⁹⁵. Del mismo modo, tanto el Real 1483/2012⁹⁶ como el ET, exigen al empleador que justifique los motivos y criterios utilizados para elegir a los trabajadores afectados, “criterios que deben ser objetivos y razonables”⁹⁷. Por lo tanto, siempre que se acredite que la causa de la extinción se debe a la concurrencia de causas objetivas, el despido será procedente, sin necesidad de una argumentación específica cuando el sujeto afectado por

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2016 (nº rec.3245/2014) (FJ 3)

⁹² Art.53.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁹³ Art. 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁴ “[...] la extinción afecte al menos a: 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 que ocupen más de trescientos trabajadores” (Art. 51.1 de la Ley 39/1999).

⁹⁵ DE CASTRO MEJUTO, L.F., “Los trabajadores temporales ante el despido colectivo. Régimen, supuestos y fraude”, *Revista Técnico Laboral*, vol. 34, nº 133, 2012, p.350.

⁹⁶ 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 contrato y reducción de jornada (BOE 30 de octubre de 2012).

⁹⁷ “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, cit., p.266.

el despido colectivo sea una trabajadora embarazada. En otras palabras, la trabajadora embarazada no podrá ser despedida por motivo de su estado biológico, pero si podrá serlo por razones “económicas, técnicas, organizativas o productivas derivadas de la actividad de la empresa”⁹⁸.

En lo referente a la carta individual del despido colectivo tan solo se han de exponer las causas motivadoras del despido (económica, técnica, productiva u organizativa). No siendo ni siquiera necesario la explicación de los criterios de selección del personal acordado durante las negociaciones, ya que se entiende que la trabajadora los ha podido conocer durante el transcurso de las negociaciones, en tanto que los representantes de los trabajadores tienen obligación de ir informando a los empleados de la gestión y resultados⁹⁹. El Tribunal Supremo entiende que con la Reforma del ET de 2012, extendiendo la comunicación individual de despido en los despidos colectivos, resultaría excesivo entender que el despido colectivo necesita de una formalidad mayor que el despido objetivo¹⁰⁰. Sin embargo, aunque esta sea la doctrina que se aplica por ser la enunciada por el TS, existen muchas discrepancias en los Tribunales ordinarios, los cuales interpretan que el empresario también debe explicar las razones por las cuales se ha decidido seleccionar a una trabajadora embarazada frente a los demás trabajadores¹⁰¹.

Resulta importante mencionar el art.124 de la Ley de Jurisdicción Social, donde su apartado 13 dispone que los trabajadores afectados por un despido podrán impugnarlo según el procedimiento previsto en los arts. 120 a 123 de la misma Ley, y siempre que se den una serie de condiciones. Conforme a la letra a) del apartado 13 del art.124, si el despido colectivo no se ha impugnado según su procedimiento correspondiente, será de aplicación el proceso de impugnación individual¹⁰².

Lo curioso es que la remisión que hace el art.124 a los arts.120-123, que se refieren al despido por causas objetivas, pueden llevar a que si se impugne el despido colectivo y resulte como no ajustado a derecho, ello puede dar lugar a una imposibilidad de

⁹⁸ Fernández Avilés, J.A., “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 425, 2018, p. 159.

⁹⁹ Art.64.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰⁰ Huerta Pérez, L., “Contenido de la carta de despido en un despido colectivo”, *Bufete Buades*, 2016 (disponible en <https://www.bufetebuades.com/contenido-de-la-carta-de-despido-en-un-despido-colectivo/> última consulta 8/4/2019).

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (FJ 8)

¹⁰² Art. 124.13 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

readmisión de la mayoría de los trabajadores. En estos supuestos el empresario puede optar por extinguir el contrato con su correspondiente indemnización. Sin embargo, en el caso de las trabajadoras embarazadas, junto con otros colectivos especialmente sensibles, la readmisión resulta obligatoria. Por todo ello, en este caso también, la única posible calificación del despido es la procedencia o nulidad¹⁰³.

2.3.2.4. Los periodos de prueba

Como se ha mencionado en el epígrafe de “El derecho de igualdad en la regulación interna española”, el Real Decreto-Ley 6/2019¹⁰⁴ ha introducido un importante cambio en la regulación de los periodos de prueba, gracias a esta norma actualmente se consagra también la nulidad de despido de las trabajadoras embarazadas que se encuentren en este tipo de contratos de trabajo.

Anteriormente la normativa referente a las trabajadoras embarazadas en el periodo de prueba era mucho más débil. Hasta la entrada en vigor de este Real Decreto, el art. 14.2 del ET no contemplaba ningún tipo de protección especial a la trabajadora embarazada en periodo de prueba.

El periodo de prueba permite que las partes desistan del contrato mientras este vigente. La jurisprudencia¹⁰⁵ justifica esta figura como una manera que tiene el empresario de conocer las aptitudes profesionales del trabajador, y por ello si el resultado es insatisfactorio se podrá resolver el contrato sin tener que afrontar los costes legales del despido¹⁰⁶. De tal manera, el periodo de prueba puede constituir una especie de “despido libre” del empresario, y por lo tanto, la trabajadora embarazada se encontraba con una gran limitación del contrato de trabajo, estando totalmente desprotegida en el caso de los periodos de prueba¹⁰⁷.

Los Tribunales interpretaban que el principio de protección específica del art.55 del ET, no era aplicable en el caso de mujeres embarazadas que formasen parte de un periodo de prueba y fuesen afectadas por el desistimiento empresarial, ya que los periodos de prueba ya contaban con una regulación específica en el art.14 del ET. Con esto los tribunales no se referían a que la trabajadora embarazada quedase totalmente vulnerable ante los periodos

¹⁰³ “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, cit., p.267.

¹⁰⁴ Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008. (nº rec.2423/2007).

¹⁰⁶ “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, cit., p.268.

¹⁰⁷ *Ídem*

de prueba, ya que siempre se ha de respetar el art.14 CE y por tanto, si el desistimiento del empresario se basaba en la causa del embarazo de la mujer trabajadora, este sería nulo por atentar contra la igualdad de mujeres y hombres¹⁰⁸.

Debido a esta gran desprotección, el art.14.2 del ET ha sido reformado, añadiendo que será nulo la resolución del contrato en periodo de prueba, cuando se produzca por causas relacionadas con el embarazo de la trabajadora¹⁰⁹.

2.3.2.5. El contrato temporal

Los contratos de duración determinada se podrán dar en los siguientes supuestos: “a) para realizar una obra o servicio determinados; b) para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos; c) para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo”¹¹⁰.

Respecto a la finalización de un contrato temporal, el legislador no ha contemplado ninguna clausula similar al art.55.5.b) del ET, por lo tanto será la trabajadora embarazada la que debe probar que el fin de su contrato se debe a su estado de gestación, y no como debería ser, es decir, presumir que el contrato temporal ha sido finalizado como causa del embarazo y que el empresario tenga que demostrar que se debe a una causa lícita¹¹¹.

En cualquier caso, será la trabajadora embarazada la que deba demostrar el fraude de ley en su contratación para que este devenga indefinido¹¹². Tanto el art. 15 del ET como el Real Decreto 2720/1998, regulan las causas por las cuales puede tener lugar un contrato temporal, y esto facilita la actividad probatoria del fraude en la contratación de la trabajadora embarazada¹¹³. Por lo tanto, en los contratos temporales la prohibición a la discriminación consagrada en nuestra CE no se cumple de manera completa, debiendo

¹⁰⁸ Llana Consultores, “Mujer embarazada, baja por no superación del periodo de prueba” (disponible en <https://llanaconsultores.com/mujer-embarazada-baja-por-no-superacion-del-periodo-de-prueba/> última consulta 17/3/2019)

¹⁰⁹[...] *La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.*(art.14.2 del Estatuto de los Trabajadores)

¹¹⁰ Art.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE de 7 de enero de 1999)

¹¹¹ “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, cit., p.268

¹¹² Art. 15.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y art. 9.3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de duración determinada.

¹¹³ “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, cit., p.170

existir una regulación específica en nuestro ordenamiento que proteja a la trabajadora en estado de gestación frente a la no renovación de un contrato temporal.

No obstante, la jurisprudencia del TC en este ámbito resulta especialmente importante, mediante la Sentencia 173/1994¹¹⁴ el TC da un paso más en la construcción de medidas que erradiquen la discriminación por embarazo en el mundo laboral¹¹⁵. En este recurso de amparo el TC anula una Sentencia del TSJ, el Tribunal ordinario afirmó que la no renovación del contrato temporal se fundamentó por el estado de embarazo de la trabajadora, sin embargo, vio inaplicable la posible calificación de nulidad de despido, argumentando que no existía relación laboral y por lo tanto la nulidad de despido resultaba imposible¹¹⁶. El TC al observar móvil discriminatorio en la conducta del empresario, de manera tajante corrigió la Sentencia del TSJ, declarando su nulidad y exigiendo que la trabajadora debía ser contratada por un nuevo periodo igual al inicial del contrato temporal o que su contrato debía ser prorrogado temporalmente¹¹⁷. Asimismo, el TC llama a los poderes públicos a garantizar la efectividad de esta “igualdad rota”¹¹⁸ para que se pueda cumplir de manera absoluta el mandato constitucional. Por todo ello, aunque la trabajadora embarazada contratada mediante contrato temporal no goce de una protección específica como ocurre en el resto de supuestos, por analogía y gracias al TC la protección es la misma que para el resto de las trabajadoras embarazadas.

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA GESTACIÓN EN DESPIDOS EMPRESARIALES

3.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En este apartado se analizará la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Luxemburgo (TJUE) en materia de despidos empresariales de trabajadoras en estado de gestación. Cabe destacar las siguientes Sentencias:

- El caso *Dekker*¹¹⁹, aunque no se refiera a un despido empresarial, resulta muy interesante en la materia. La señora Dekker fue seleccionada como la candidata más

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1994 173/1994.

¹¹⁵ Conde-Pumpido, M.T., “La discriminación por embarazo o maternidad: Aplicación y aportaciones de la Ley Orgánica 3/2007”, *Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Discriminación por Razón de Sexo y Procedimiento Jurídico, Universidad del País Vasco, España*, 2008, p.14, (disponible en http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Teresa_Conde.pdf última consulta 4/4/2019).

¹¹⁶ “La discriminación por embarazo o maternidad: Aplicación y aportaciones de la Ley Orgánica 3/2007”, cit., p.14.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1994 173/1994.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1994 173/1994 (FJ 4).

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 1990 (c-177/88).

válida para un puesto de trabajo, sin embargo debía de disfrutar de la baja de maternidad y como el empleador no podía afrontar los costes económicos de contratar a un sustituto, finalmente fue seleccionado para el puesto otro trabajador. Esta Sentencia es tan importante porque fue la primera vez que el Tribunal de Luxemburgo aplicó el test “*but for*”, este test busca detectar la existencia de discriminación directa por razón de sexo, para ello, en una misma situación se cambia el sexo del sujeto y se analiza si las consecuencias jurídicas son las mismas, si no lo son, existirá discriminación directa¹²⁰.

- El asunto *Webb*¹²¹, este caso resulta importante porque la Señora Webb había sido contratada con carácter indefinido para realizar una sustitución de una trabajadora que estaba disfrutando del permiso de maternidad. Sin embargo, la Señora Webb quedó embarazada y fue despedida, el empresario alegó que la causa del despido se basaba en que ya no podía realizar las funciones para las cuales había sido contratada. El Tribunal de Luxemburgo consideró este despido como opuesto al principio de igualdad¹²².
- Otra Sentencia de importancia es la referida al asunto *Brown*¹²³, en ella, el Tribunal de Luxemburgo declara como opuesto al principio de igualdad de trato, el despido que tenga como causa las ausencias de una trabajadora en relación con su estado de gestación¹²⁴.
- Destacar el Asunto *Tele Danmark*¹²⁵. En este caso el Tribunal de Luxemburgo declaró que el despido de la trabajadora embarazada era nulo, ya que el despido de la embarazada estaba motivado por su estado de maternidad, y por lo tanto se esta ante un caso de discriminación directa por razón de género. El empresario justificaba el despido con dos argumentos, por un lado, determinaba que el despido tenía como causa la imposibilidad de que la trabajadora cumpliera con su contrato. Respecto a lo cual, el Tribunal objetó que ese argumento no puede justificar el despido, ya que es necesario que la empresa asuma los riesgos económicos, de producción y de organización derivados del embarazo de la trabajadora. Por otro lado, el empresario

¹²⁰ “La discriminación por embarazo o maternidad: Aplicación y aportaciones de la Ley Orgánica 3/2007”, cit., p.7.

¹²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 1994 (c-32/93).

¹²² “El despido de mujer embarazada”, cit., p.24.

¹²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 1998 (c-394/96).

¹²⁴ “El despido de mujer embarazada”, cit., p.24.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2001, asunto *TeleDanmark*, (C-109/00).

afirmó que se estaba incumpliendo el deber de lealtad que se exige en las relaciones laborales. Sin embargo, el TJUE argumentó que no hay obligación de que la trabajadora informe de su estado biológico al empresario para activar la protección específica de la gozan las trabajadoras embarazadas¹²⁶.

- El asunto Merino Gómez¹²⁷ no se refiere a un despido empresarial que tenga como motivo la discriminación de género, sin embargo, su importancia se debe a que gracias al pronunciamiento del TJUE se modifica la normativa nacional. El Juzgado de lo social nº 33 de Madrid plantea una cuestión prejudicial al TJUE, la polémica venía determinada por la doctrina asentada del TS¹²⁸, el TS permitía el disfrute conjunto de las vacaciones y del permiso de maternidad. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo declaró tajantemente que la trabajadora tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones en un momento diferente al periodo de permiso de maternidad¹²⁹.

Esta resolución, llevó a un abandono de la anterior jurisprudencia¹³⁰. También supuso la modificación de la Ley de Igualdad, que de la misma manera, alteró el art.38 del ET, para contemplar la interpretación apuntada por el TJUE¹³¹.

- Debe ante todo señalarse, la importancia del Caso *Mayr*¹³². La señora Mayr es despedida el día 10 de marzo de 2005, ese mismo día la trabajadora austriaca había comunicado por escrito al empleador que estaba siendo sometida a un tratamiento de fecundación in vitro y que la fecundación tendría lugar el 13 de marzo de 2005. La trabajadora consideró que su despido era nulo, dado que se encontraba amparada por la protección a la maternidad desde el día 8 de marzo de 2005, que fue el día en el que sus óvulos fueron fecundados in vitro. En contra, el empresario justificó que el despido no era nulo, ya que el día que se notificó a la trabajadora el despido, no estaba embarazada¹³³.

¹²⁶ Rodríguez Copé, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “iuris et de iure” del móvil discriminatorio, ¿en todo caso?, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 96, 2008, p.232-234.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2004 (c-342/01).

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995 (nºrec.8771/1995).

¹²⁹ “El despido de mujer embarazada”, cit., p.24.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (nº rec.10084/2005).

¹³¹ “La discriminación por embarazo o maternidad: Aplicación y aportaciones de la Ley Orgánica 3/2007”, cit., p. 10.

¹³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (c-506/06).

¹³³ “La discriminación por embarazo o maternidad: Aplicación y aportaciones de la Ley Orgánica 3/2007”, cit., p.11.

En este sentido, el Tribunal austriaco planteó una cuestión prejudicial al TJUE, donde se preguntaba si la prohibición de despido consagrada en el art.10.1 de la Directiva 92/85, resultaba aplicable a una trabajadora que estaba siendo sometida a un tratamiento de fecundación in vitro, donde en el momento de despido estos óvulos ya se encontraban fecundados pero todavía no habían sido introducidos en el útero de la trabajadora¹³⁴.

El Tribunal de Luxemburgo alega que la protección que otorga el art.10, no se puede extender a aquellas trabajadoras que en el momento de su despido están siendo sometidas a un tratamiento de fecundación in vitro, siempre que el óvulo no haya sido transferido al útero. Este argumento del Tribunal se basa en la consecución del principio de seguridad jurídica. El Tribunal complementa su argumento, afirmando que en muchos países de la UE los óvulos se pueden llegar a conservar hasta un periodo de diez años, además que muchas pueden ser las causas por las cuales se puede retrasar el momento de la fecundación, por todo ello la protección del art.10 no debe contemplar este supuesto de tutela, ya que el beneficio sería excesivo¹³⁵.

No obstante, el Tribunal va más allá, y retoma su doctrina enmarcada en el test “*but for*” para averiguar si se da discriminación directa. En este sentido, el Tribunal afirma que la fecundación solamente podrá afectar a las mujeres y nunca a los hombres, por lo tanto si el despido se basa en el sometimiento de una trabajadora a un tratamiento de fecundación in vitro, se estaría ante un supuesto de discriminación directa por razón de género. En definitiva, la trabajadora no se encontrará protegida por la prohibición de despido de la Directiva 92/85, pero si que estará amparada por la Directiva 76/207¹³⁶, dado que en el despido se podrían encontrar causas de discriminación directa por razón de género¹³⁷.

La relevancia del TJUE en materia de política social del la UE resulta crucial. El TJUE es el organismo más importante interpretando tanto el derecho originario como el derivado, es decir, los Tratados, Reglamentos y Directivas. La cuestión prejudicial se ha convertido en la vía más destacable para que el TJUE interprete la adecuación de la

¹³⁴ *Ídem*

¹³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (c-506/06) (apartado 41).

¹³⁶ Actualmente esta Directiva se encuentra modificada por la Directiva 2006/54/CE.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (c-506/06) (apartado 44).

normativa de los Estados Miembros al derecho de la UE¹³⁸, su regulación se encuentra recogida en el art. 267 del TFUE y en el Reglamento de Procedimiento del TJUE.

3.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el ámbito de la protección a la trabajadora embarazada frente a los despidos empresariales, las Sentencias del TC también han supuesto un antes y un después en la protección a la maternidad en el mundo laboral.

En este apartado se mencionarán algunas de las Sentencias más importantes del TC, en las cuales se opta por la nulidad del despido de la mujer embarazada, garantizando así una mayor tutela a la maternidad, es decir, estos pronunciamientos judiciales versan sobre el contrato de trabajo de la mujer embarazada o en estado de lactancia, siendo el objeto principal la calificación de su despido¹³⁹. Las Sentencias que se mencionarán girarán en torno a la necesidad de comunicación del estado de gestación de la trabajadora y la carga de la prueba.

3.2.1. Necesidad de comunicación del estado de gestación

Para que el empresario pueda ofrecer la necesaria protección a sus trabajadores frente a los riesgos laborales¹⁴⁰, éste deberá tener constancia de las situaciones particulares de cada persona a su cargo, para así poder llevar a cabo las actuaciones necesarias para evitar posibles daños a la salud. Por lo tanto, en el supuesto de la trabajadora embarazada, es indispensable que el empleador conozca su situación biológica, pues es la única manera de activar las medidas preventivas que protejan tanto a la salud de la mujer como a la de su futuro hijo. Las vías para que el empleador tenga constancia del embarazo, pueden ser tanto directas como indirectas. La comunicación directa, que puede ser tanto verbal como escrita, se realizará directamente al empleador o encargado de prevención de riesgos laborales de la compañía, en cambio la comunicación indirecta se refiere a cualquier conocimiento empresarial que venga por otro medio, como puede ser el aumento de abdomen de la mujer o que los compañeros de trabajo conozcan la situación de la

¹³⁸ Rojo Torrecilla, E., “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral”, *Duodécimas jornadas valencianas de relaciones laborales. Colegio oficial de graduados sociales de Valencia*, 2018, pp.6-7 (disponible en https://www.academia.edu/36623902/LA_IMPORTANCIA_DE_LA_JURISPRUDENCIA_DEL_TRIBUNAL_DE_JUSTICIA_DE_LA_UNI%C3%93N_EUROPEA_EN_MATERIA_LABORAL última consulta 28 de marzo de 2019).

¹³⁹ Roldán, P.L., “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol.144, 2018, pp.102-105.

¹⁴⁰ Art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

trabajadora embarazada y ésta le llegue al empresario o encargado de una forma fehaciente.¹⁴¹

Con la aprobación de la Ley 39/1999, al establecer la presunción de nulidad del despido de la mujer embarazada, se provocó una gran polémica doctrinal, acerca de que si es necesario que el empresario conozca la situación biológica de la trabajadora para considerar ese despido nulo¹⁴².

Las Sentencias STC 74/2008¹⁴³ y la STC 92/2008¹⁴⁴, suponen un punto de inflexión, dando un completo giro a toda la jurisprudencia anterior del TC. Ambas sentencias asientan doctrina, estableciendo que no es necesario para considerar nulo el despido, que el empleador conozca el estado de gestación de la trabajadora, es decir, las Sentencias anteriores para considerar nulo un despido de la trabajadora embarazada exigían que tal estado debía ser conocido por el empresario¹⁴⁵.

Por ejemplo, la STC 41/2002, argumentaba que para que sea posible llevar a cabo medidas preventivas frente al despido, es necesario que la trabajadora embarazada comunique su situación al empresario, ya que sino no existirían motivos para considerar como discriminatorio el despido de la mujer embarazada¹⁴⁶:

[S]i se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia¹⁴⁷

La jurisprudencia ordinaria¹⁴⁸ llegó a entender que el conocimiento empresarial era requisito obligatorio para poder declarar la nulidad del despido, porque si el despido es nulo por ser discriminatorio es necesario que el empleador conozca este hecho para que pueda tener lugar dicha discriminación.

¹⁴¹ “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, cit., p. 90.

¹⁴² “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, cit., p. 260.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 2008 74/2008.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 2008 92/2008.

¹⁴⁵ “Despido de mujer embarazada”, cit., p.22.

¹⁴⁶ “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, cit., p.36.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 2002 41/2002 (FJ 4).

¹⁴⁸ Existiendo salvedades, a saber la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de marzo de 2007- Recurso núm.52/2007-, en la cual se consideraba nulo el despido de una trabajadora embarazada con independencia del conocimiento o no por parte del empresario, siendo esta Sentencia contraria a la antigua doctrina del TS.

Volviendo a las STC 74/2008, de 23 de junio y la STC 92/2008, de 21 de junio, el TC rememora su doctrina anterior, es decir, el requisito necesario de que el empresario conozca el estado de gestación de la embarazada para fundamentar que su despido constituye un despido discriminatorio¹⁴⁹. Según el alto Tribunal se debe hacer una nueva interpretación del art. 55.5 ET, dado que el requisito necesario para la nulidad del despido no está contemplado en dicha norma.^{150 151}

Tanto las Sentencias del TC como el Asunto *Tele Danmark*, llevaron a una gran controversia doctrinal, ya que el art.2 de la Directiva 92/85¹⁵², parece dar a entender que es necesario que el empresario conozca el embarazo de la trabajadora para hablar de la presunción de nulidad de su despido, o al menos, así lo había interpretado gran parte de la doctrina¹⁵³. Sin embargo, la doctrina del TC manifiesta que el legislador español al trasponer dicha Directiva, omitió expresamente este requisito para dar una mayor protección a la trabajadora embarazada, ya que es una “Directiva de mínimos”. En definitiva, para que un despido sea declarado nulo por trato discriminatorio, no es necesario que el empresario conozca la situación de embarazada, ya que la protección va más allá de este requisito y es necesaria una garantía objetiva y automática que proteja a la trabajadora embarazada al margen de estas situaciones discriminatorias¹⁵⁴.

A raíz de la STC 92/2008, el TS también se ve obligado a dar un cambio drástico en su jurisprudencia, estimando que para la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada no es necesario el conocimiento del embarazo por parte del empresario¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Entre otras, *vid.* STC 41/2002, de 25 de febrero; STC 17/2003, de 30 de enero y STC 62/2007, de 27 de marzo, donde se exige como requisito el conocimiento de la empresa del estado de gestación de la embarazada para considerar nulo el despido. Según esta doctrina, el TC denegaba el amparo a la trabajadora embarazada siempre que el empresario no tuviera conocimiento previo del estado de gestación de la trabajadora.

¹⁵⁰ “Despido de mujer embarazada”, *cit.*, p.22.

¹⁵¹ En la STC 124/2009, de 18 de mayo, destaca el voto particular del Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas. Mostrándose disconforme con la STC 92/2008, de 21 de julio, al considerar que el TC se ha excedido en sus funciones, ya que el TC tan solo podrá corregir preceptos jurídicos cuando estos sean contrarios a las garantías constitucionales.

¹⁵² “A) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” (art.2 Directiva 92/85)

¹⁵³ “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “*iuris et de iure*” del móvil discriminatorio, ¿en todo caso?”, *cit.*, p.234.

¹⁵⁴ “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, *cit.*, p.102.

¹⁵⁵ *Ídem.*

3.2.2. La carga de la prueba

Resulta particularmente relevante la doctrina asentada por el TC en relación a la carga probatoria. Desde el punto de vista del derecho procesal, la carga de la prueba la debe probar quien la alega. En cambio, en determinados supuestos la carga de la prueba se invierte para incrementar la tutela judicial¹⁵⁶, así la Ley 36/2011 de la jurisdicción social¹⁵⁷ enuncia que en aquellos procesos en los que se deduzca que la parte demandante ha sido víctima de tratos discriminatorios, corresponderá a la parte demandada la justificación de que las medidas adoptadas han sido proporcionales, objetivas y razonables. El TC determina:

*[C]uando se prueba indirectamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga, recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.*¹⁵⁸

Por lo tanto, si la trabajadora aporta los indicios necesarios de que su despido tiene una finalidad discriminatoria, será el empresario el que deba probar que no se ha violado ningún derecho fundamental y que por lo tanto el despido se fundamenta en una causa válida¹⁵⁹ (STC 74/2008, de 23 de junio). Sin embargo, no en todos los supuestos donde se despida a una mujer embarazada, se invertirá la carga de la prueba, ya que resulta necesario que la trabajadora alegue hechos suficientes que justifiquen un presumible trato discriminatorio¹⁶⁰ (STC 41/2002, de 25 de febrero), es decir, una prueba o indicio de prueba que puedan generar una sospecha razonable sobre su despido¹⁶¹. Por lo tanto, la carga de la prueba se estructura desde un doble plano: 1) la trabajadora debe aportar indicios suficientes para acreditar que se han vulnerado sus derechos fundamentales; 2) Una vez se acreditan estos hechos, la parte empleadora, y demandada en estos casos, deberá intentar probar que sus actuaciones se han basado en causas reales, ciertas, justas,

¹⁵⁶ “Despido de mujer embarazada”, cit., p.21.

¹⁵⁷ Art. 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre de 2011).

¹⁵⁸ STC 92/2008, de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) (FJ 3).

¹⁵⁹ “Despido de mujer embarazada”, cit., p.21.

¹⁶⁰ “Despido de mujer embarazada”, cit., p.21.

¹⁶¹ “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, cit.34.

objetivas y válidas, que nada tienen que ver con la violación de derechos fundamentales (STC 17/2003, de 30 de enero)¹⁶².

3.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La explicación de la línea jurisprudencial del TS se hará mediante el análisis de una de las Sentencias más actuales dictadas por el Tribunal, la STS 802/2018¹⁶³, en ella se podrá observar la doctrina asentada en España en materia de protección a la trabajadora embarazada frente los despidos. La cuestión debatida por el TS, versa sobre el análisis de hasta que punto el empresario debe concretar los criterios de selección del personal afectado por un despido colectivo¹⁶⁴.

Para poner en contexto al lector, se explicará brevemente el supuesto de hecho que lleva a declarar la nulidad de despido de la trabajadora en estado de gestación. Doña Virtudes prestaba servicios para Artesanía de la Alimentación S.L., concretamente trabajaba en las oficinas centrales del Grupo Rodilla. El 15 de enero de 2013 Doña Virtudes comunica al Director General del Grupo Rodilla que se encontraba embarazada. En mayo de 2013 la Dirección de la empresa y el Comité de empresa llegan un acuerdo de despido colectivo, en el cual se verían afectados 70 trabajadores del grupo, el 22 de mayo Doña Virtudes es comunicada, mediante carta, de la extinción de su contrato debido a causas económicas¹⁶⁵.

Para la resolución de la Sentencia, el TS empieza recordando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid, en la cual se declaró nulo el despido de Doña Virtudes. Asimismo, el TS rememora el recurso de suplicación interpuesto por el demandado al TSJ de Madrid, en el cual se declara la procedencia de despido. En la Sentencia del TSJ se argumentó que no es necesario que en la carta de despido se expliquen los criterios de selección acordados durante las negociaciones, que llevan al despido del trabajador, ya que ello, no se encuentra recogido en la Ley y además, la falta de comunicación individual queda atemperada por la existencia de un periodo de negociación con los representantes de los trabajadores¹⁶⁶.

La demandante alega que se ha dado una interpretación errónea del art.55.5 ET, según lo establecido en el art.14 de la CE y las STC 92/2008 y 111/2003. La doctrina del TC evoca

¹⁶² “Despido de mujer embarazada”, cit., p.22.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 802/2018 de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018)

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018) (FJ 1).

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018)

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018) (FJ 1).

la protección especial de la que deben gozar las trabajadoras embarazadas, estableciendo que en la memoria del despido colectivo el empresario debe incluir los argumentos que permitan conocer al Juzgador las razones por las cuales se ha incluido a la demandante en el marco de un despido colectivo, para de esta manera, ser capaces de descartar que la inclusión de una trabajadora embarazada dentro de un despido colectivo se debe a causas discriminatorias¹⁶⁷.

El Tribunal para resolver el fondo del asunto, evoca la exigencia empresarial de acreditar que concurren causas objetivas que justifican el despido de Doña Virtudes, esta carga de la prueba invertida¹⁶⁸, como se ha mencionado anteriormente, busca aumentar la protección de la trabajadora embarazada, ya que es el empresario el que debe probar que no se ha violado ningún derecho fundamental¹⁶⁹.

Por todo ello, el TS interpreta que los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados, son insuficientes y por lo tanto, cabe declarar la nulidad de despido de Doña Virtudes, con la “inmediata readmisión de la actora y con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta Sentencia”¹⁷⁰.

Como se puede observar la no concreción de los criterios tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo un despido colectivo, lleva a una gran problemática para la persona que es afectada por el despido, ya que muchas veces, las trabajadoras embarazadas que son despedidas en el marco de un despido colectivo se encuentran una gran desinformación y no pueden conocer si su despido se debe a su estado de embarazo o no, y por lo tanto, no saben si la denuncia de su despido prosperará en los Tribunales. Cabe agradecer la labor tanto del TC como del TS en este aspecto, otorgando una mayor garantía de protección en este ámbito, al exigir que sea el empresario quien tenga la carga probatoria.

Por último, mencionar que el TS parece llevar una línea más conservadora que el TC en el ámbito de protección de la trabajadora embarazada, la cual se observa tanto en la necesidad de conocimiento al empresario del estado de gestación como en materia de las trabajadoras embarazadas en periodos de prueba.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018) (FJ 3).

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2003 de 15 de junio: “recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales”.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018) (FJ 3).

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018) (FJ 5).

El TS en sus pronunciamientos iniciales, exigía que para alegar un posible trato como discriminatorio era necesario el conocimiento del embarazo por parte del empresario en caso de despido. Sin embargo, este conocimiento no tenía que venir dado por una comunicación directa por parte de la trabajadora en estado de gestación, sino que era suficiente que el estado de la trabajadora fuera conocido en la compañía o que fuera evidente por su aumento de abdomen¹⁷¹. Esta jurisprudencia aparece afirmada en la STS de 12/03/2008 (rec. 1695/2007), “el presupuesto para que un despido sea discriminatorio, es decir, causado o motivado por el embarazo de una trabajadora, es el conocimiento de dicho estado de gestación por parte del empresario que despide”. Además, esta Sentencia determina que este requisito debe ser imprescindible para asegurar el principio de “seguridad jurídica” recogido en el art. 9.3 CE. No obstante, con la STS de 17/10/2008 (rec. 1695/2007), se produce un cambio de doctrina, haciendo propias las Sentencias del TC y del TJUE.¹⁷²

En la STS de 16 de enero de 2009¹⁷³, que versa sobre el despido por motivos disciplinarios de una trabajadora embarazada, cabe destacar un voto particular del magistrado Antonio Martín Valverde. El magistrado argumenta que la doctrina del TC, por la cual ya no es necesario el conocimiento previo del embarazo por parte del empleador, es equivocada, ya que el TS es el único órgano superior en todos los órdenes capaz de interpretar el art. 55.5 del ET, también sostiene que el alcance vinculante de las Sentencias del TC tan solo se refiere a la cosa juzgada, pero no a la interpretación sobre la norma¹⁷⁴. Sin embargo, la doctrina mayoritaria del TS se encuentra acorde con el TC en esta materia.

En materia de resolución de contratos de trabajadoras embarazadas durante los periodos de prueba, destacar la STC de 10 de octubre de 2013¹⁷⁵, que tuvo voto particular de cinco magistrados, que pretendían extender la protección del art.55.5 del ET a la resolución de contrato en periodo de prueba. El TS¹⁷⁶ había desestimado el recurso de casación y por lo tanto, la demandante estaba solicitando amparo al TC, el cual también terminó denegando el recurso de amparo. La tesis del TS en este aspecto se puede resumir en la siguiente interpretación:

¹⁷¹ “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, cit., p.103.

¹⁷² *Ibidem*, p.104.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2009 (nº rec.1758/2008).

¹⁷⁴ “Despido de mujer embarazada”, cit., p.22 y 23.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2013 (nº rec.173/2013).

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011 (nº rec.2893/2010).

El Tribunal Supremo [...] ha rechazado en su Sentencia, mediante un exhaustivo y preciso razonamiento que parte de la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y el desistimiento empresarial en periodo de prueba, extender el mecanismo de tutela objetiva de la trabajadora embarazada en caso de despido, prevista expresamente en el art. 55.5.b) LET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, y ha aplicado a este supuesto la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria en los casos en que se invoca una discriminación por razón de sexo (STC 17/2007, de 12 de febrero), concluyendo en la ausencia de indicios de tal discriminación, entre otras razones, aunque no sólo, por la falta de acreditación del conocimiento empresarial del embarazo.¹⁷⁷

Esta desprotección en la que se encontraba la trabajadora embarazada en periodo de prueba llevo a una gran polémica, ya que muchos entendieron que los Tribunales estaban dando un paso atrás en la lucha por la discriminación de género¹⁷⁸. No obstante, gracias al Real Decreto de igualdad¹⁷⁹, como se ha analizado en el epígrafe de “Periodo de prueba”, el art.14.2 del ET ha sido reformado para consagrar la presunción de nulidad de las trabajadoras embarazadas en periodos de prueba.

3.4. Dudas sobre la tutela preventiva en el sistema español. STJUE 22 de febrero de 2018

La Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018¹⁸⁰ es una de las Sentencias más importantes en materia de protección a la maternidad en despidos empresariales. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal nacional al TJUE, sobre la adecuación de la legislación española a la normativa comunitaria. En ella el TJUE resuelve todas las dudas de interpretación y por ello, esta sentencia se utiliza como referencia por los tribunales españoles a la hora de calificar los despidos de las trabajadoras en estado de gestación.

Debido a la gran relevancia de esta Sentencia, se explicará brevemente los hechos que llevan a plantear la cuestión prejudicial al TJUE.

El 9 de enero de 2013 la empresa Bankia abre un periodo de consultas con el fin de realizar un despido colectivo. El día 8 de febrero de 2013 se llega a un acuerdo con la comisión negociadora, en dicho acuerdo se determina que para seleccionar a las personas afectadas por el despido colectivo se tendrá en cuenta la evaluación obtenida por la empresa según los perfiles competenciales de los trabajadores. El 3 de noviembre de

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2013 173/2013 (FJ 5).

¹⁷⁸ González, P., “Trabajadora embarazada y periodo de prueba”, *Melián Abogados*, 2016 (disponible en <https://mymabogados.com/trabajadora-embarazada-y-periodo-de-prueba#> última consulta 7/4/2019).

¹⁷⁹ Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16).

2013, se notifica a la señora Porras Guisado que se va a proceder a la extinción de su contrato debido a la baja puntuación obtenida en la valoración de competencias que había realizado la empresa. La importancia de este asunto viene determinada por la situación de embarazo de la señora Porras Guisado en el momento de producirse el despido¹⁸¹.

Tras la desestimación de la impugnación de despido interpuesta ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, la señora Porras Guisado recurre la sentencia en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Cataluña, el TSJ plantea una cuestión prejudicial, dividida en cinco preguntas, por el cual se suspende el procedimiento, ante el TJUE¹⁸².

El TJUE da respuesta a todas las preguntas realizadas en la cuestión prejudicial, alternado el orden de respuesta según las preguntas, así responde primero a la primera pregunta, después la quinta, la tercera y finalmente a la segunda y cuarta de forma conjunta¹⁸³.

La primera cuestión gira en torno a la interpretación del art.10.1 de la Directiva 92/85, en relación a la prohibición de despido de la trabajadora embarazada salvo “casos excepcionales no inherentes a su estado”¹⁸⁴ y el art. 1.1 a) de la Directiva 98/59, por el cual el despido colectivo en el cual forman parte trabajadoras embarazadas, “es un supuesto no equiparable”¹⁸⁵ a “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”¹⁸⁶

Para dar solución a este primer precepto, el TJUE establece que ambas Directivas se deben aplicar de una manera conjunta. El Tribunal de Luxemburgo recuerda la prohibición de despido por motivos relacionados con el embarazo, consagrado en el art. 10.1 de la Directiva 92/85. Señala que esta protección se debe a que un posible despido de la trabajadora embarazada puede dar lugar a un riesgo para el estado físico y psíquico de la trabajadora embarazada, incluyendo específicamente el posible riesgo de que la

¹⁸¹ “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 153.

¹⁸² *Ídem*.

¹⁸³ “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral” cit., p. 40.

¹⁸⁴ Art.10.1 Directiva 92/85.

¹⁸⁵ “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 154.

¹⁸⁶ Art. 1.1 a) Directiva 98/59.

mujer interrumpa voluntariamente su embarazo¹⁸⁷. Por el contrario, si la decisión de despido no guarda ningún tipo de relación con la maternidad y se cumplen los requisitos de la normativa nacional para llevar a cabo el despido, esto es, que los motivos estén justificados y se comunique por escrito a la trabajadora, si que será posible la extinción del contrato de trabajo¹⁸⁸. En conclusión, el TJUE entiende que el art.10.1 de la Directiva 92/85, debe interpretarse:

*Por consiguiente, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras, a efectos del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85.*¹⁸⁹

Por todo ello, no existe una prohibición absoluta en el supuesto de que una trabajadora embarazada sea despedida por motivos no inherentes a su estado, siempre que, el empresario comunique por escrito los motivos, en este caso del despido colectivo¹⁹⁰. Y todo ello, sin la necesidad de que el empresario de una justificación adicional en el caso de que la empleada afectada sea una trabajadora embarazada¹⁹¹.

El TJUE pasa después a responder la quinta cuestión. En este caso el TSJ pregunta si el art.10.2 de la Directiva 92/85 es conforme a la normativa nacional, donde en el marco de un despido colectivo es suficiente que se comuniquen tan solo las causas que justifican la extinción del contrato¹⁹², “y sin hacer referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional”¹⁹³.

Se debe recordar que el art.10.2 de la Directiva 92/85 establece que “el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”¹⁹⁴. De esta manera, el TJUE interpreta que el empleador debe exponer por escrito los motivos por los cuales se lleva a cabo el

¹⁸⁷ “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 154.

¹⁸⁸ “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral” cit., p. 41.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 49).

¹⁹⁰ Art. 51.4 y 53.1 ET.

¹⁹¹ “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 155.

¹⁹² “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral” cit., p. 41.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 51).

¹⁹⁴ Art.10.2 Directiva 92/85.

despido colectivo y los criterios que se han seguido para designar a los trabajadores afectados¹⁹⁵.

El TJUE da respuesta estableciendo que el art.10.2 de la Directiva 92/85 debe interpretarse de la manera que no se oponga a la normativa interna que permite despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo y “sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”¹⁹⁶.

Por ello, como se puede observar, en el derecho de la UE no exige una protección reforzada a la trabajadora embarazada que ha sido afectada por un despido colectivo, en cuanto a la justificación que debe dar el empresario en la carta de despido¹⁹⁷.

Pasa después el Tribunal de Luxemburgo a resolver la primera cuestión, la cual puede ser, la más relevante de la Sentencia. El TSJ pregunta si el art.10.1 de la Directiva 92/85 es conforme a la legislación española “que traspone dicha prohibición¹⁹⁸ estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)”¹⁹⁹.

En este punto, el TJUE recuerda que cuando los Estados Miembros traspongan las Directivas pertinentes, estos deberán garantizar la plena eficacia de dichas normas.²⁰⁰ Si se aplica esta regla fundamental al caso, el art. 10.1 de la Directiva 92/85 consagra una “doble protección”²⁰¹. Por lo tanto, en la legislación nacional se debe contemplar una

¹⁹⁵ “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 155.

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 55).

¹⁹⁷ Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 156.

¹⁹⁸ Recordar que el art.10.1 de la Directiva 92/85 consagra la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 28).

²⁰⁰ Art. 288 TFUE: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”

²⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 59).

norma que evite los despidos (tutela preventiva) y otra que sancione toda conducta contraria a derecho (tutela reparatoria)²⁰².

El TJUE se apoya en el asunto Paquay²⁰³, afirmando que la tutela “excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada que se trate, debido al embarazo o nacimiento de un hijo”²⁰⁴. Con mayor claridad, el Tribunal afirma que la tutela reparatoria, no puede sustituir en ningún caso a la tutela preventiva²⁰⁵.

Por todo ello, con el fin de guardar una fiel trasposición de del art.10 de la Directiva 92/85, los Estados miembros no pueden limitarse tan solo a establecer la nulidad de despido cuando no esté justificado (tutela reparatoria)²⁰⁶. El TJUE concluye que las normativas nacionales que tan solo establecen una protección de reparación, ordenando la nulidad de despido cuando este sea ilegal, se oponen al art.10.1 de la Directiva 92/85, ya que carecen de la protección preventiva de despido de la trabajadora embarazada consagrada en dicho artículo²⁰⁷.

Este último fundamento jurídico, lleva a pensar que la normativa española es insuficiente, ya que las medidas de nuestro ordenamiento que garantizan la nulidad de despido de la trabajadora embarazada se refieren a una tutela *ex post*, y por lo tanto, resultaría necesario adecuar nuestra normativa a la comunitaria, en los términos de una tutela preventiva o *ex ante*²⁰⁸.

Finalmente, el Tribunal de Luxemburgo resuelve las cuestiones segunda y cuarta de manera conjunta. En este caso, el TSJ pregunta al TJUE si hay prioridad de permanencia y recolocación para las trabajadoras embarazadas en el caso de un despido colectivo. Nuestra normativa no contempla este tipo de medidas preventivas, tan solo los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia *ex lege* en el

²⁰²“La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral” cit., p. 42.

²⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007, asunto Paquay (C-460/06) (FJ 33).

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 63).

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 64).

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 65).

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 66).

²⁰⁸ Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 157.

procedimiento de un despido colectivo²⁰⁹. El TSJ busca saber si ello se opone al art.10.1 de la Directiva 92/85²¹⁰.

El TJUE parte de la regla que establece el art.10.1 de la Directiva 92/85, donde los Estados Miembros “tomarán las medidas necesarias”²¹¹ para prohibir el despido de las mujeres embarazadas²¹². Sin embargo, este precepto no obliga a los Estados Miembros a garantizar una prioridad de permanencia o recolocación en otro puesto de trabajo, aplicable de manera anterior al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas.²¹³

A pesar de ello, el TJUE , menciona el asunto Jiménez Melgar²¹⁴, recordando que se esta ante una Directiva de mínimos y que por lo tanto, cada Estado podrá otorgar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas en sus respectivas normativas nacionales²¹⁵.

Por consiguiente, el TJUE responde a las cuestiones segunda y cuarta, estableciendo que la normativa nacional no se opone al art.10.1 de la Directiva 92/85 en el marco de despidos colectivos contemplados en la Directiva 98/59, ya que no ordenan a los Estados Miembros a contemplar los preceptos de prioridad de permanencia y recolocación.²¹⁶

4. CONCLUSIONES

4.1. Comparativa con los Estados Miembros de la Unión Europea en materia de protección a la trabajadora embarazada

En este apartado se realizará un breve análisis de la protección que otorgan determinados países miembros de la UE a la trabajadora embarazada frente al despido.

La ley alemana contempla una protección muy extensiva para las empleadas en estado de gestación. Sus principales normas, pretenden garantizar en todo momento una protección especial frente al despido. Esta protección se basa en una prohibición de despido desde el

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 158.

²¹⁰“La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral” cit., p. 43.

²¹¹ Art. 10.1 Directiva 92/85.

²¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 68).

²¹³Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 158.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar (C-438/99).

²¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 73).

²¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16) (FJ 74).

inicio del embarazo hasta los cuatro meses posteriores al parto. Además, la legislación del país bávaro ha incluido recientemente esta misma protección a las mujeres que hayan tenido un aborto involuntario después de la semana 12 de embarazo²¹⁷.

No obstante, en Alemania resulta indispensable que el empleador conozca que la trabajadora se encuentra en estado de gestación, haya dado a luz o haya tenido un aborto para garantizar la nulidad de su despido²¹⁸. Sin embargo, su protección va más allá pudiendo la trabajadora embarazada notificar de su situación de embarazo hasta dos semanas después de haber sido despedida. Esta garantía busca proteger el derecho a la intimidad, y por lo tanto, solo tendrá obligación de contar su situación biológica si es víctima de un despido²¹⁹.

Asimismo, mencionar que una vez la trabajadora notifica al empleador de su situación biológica, el empresario comunicará tal hecho a la Oficina de Protección de empleo (*Arbeitsschutzämter*), la cual asegura toda la protección necesaria a la trabajadora embarazada, además de ayudar a la empresa en todo lo relacionado con la protección que se debe garantizar a estos colectivos sensibles²²⁰. De la misma manera, para garantizar una mayor protección, en el país bávaro se exige que la autoridad supervisora de los estados federados declare la legalidad o ilegalidad del despido (lo mismo ocurre en Portugal con la Comisión de Igualdad Laboral)²²¹.

Pese a que exista prohibición de despido de la trabajadora embarazada, existen algunas excepciones y casos especiales, donde la autoridad competente puede declarar lícito el despido de la trabajadora embarazada, siempre que el motivo de despido no tenga relación alguna con el estado de la trabajadora embarazada. Los tribunales aceptan el despido cuando se deba a una serie de casos especiales, como pueden ser los relacionados con la

²¹⁷ Breitschwerdt, J., “Do employees who are pregnant or on maternity leave enjoy any especial protection in the event of redundancy in Germany?”, *Norton Rose Fulbright*, 2017 (disponible en <https://www.globalworkplaceinsider.com/2017/06/do-employees-who-are-pregnant-or-on-maternity-leave-enjoy-any-special-protection-in-the-event-of-redundancy-in-germany/> última consulta 3/4/2019).

²¹⁸ Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women And Youth (disponible en <https://www.bmfsfj.de/blob/95290/050ecb5bab79593e7c4b3f1a6c3bad6e/selbstdarstellungsflyer-englisch-data.pdf> última consulta 3/4/2019).

²¹⁹ Arévalo Ases, J.E., “Los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia de un despido intempestivo en contra de una mujer embarazada”, *Bachelor’s thesis, Quito: Universidad de las Américas*, 2018, p.14. (disponible en <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/9342/1/UDLA-EC-TAB-2018-13.pdf> última consulta 3/4/2019).

²²⁰ Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women And Youth

²²¹ Informe de la Comisión sobre la aplicación de 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 periodo de lactancia (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51999DC0100&from=ES> última consulta 3/4/2019).

conducta de la trabajadora (por ejemplo la perpetración de actos criminales) y cuando se deba a razones operativas de la empresa (por ejemplo cierre operacional e imposibilidad de que la empleada sea recolocada en otro puesto)²²².

Finlandia también es muy garantista con este tipo de derechos especiales, siendo nulo de pleno derecho cualquier despido realizado durante el embarazo, permiso de maternidad o permiso de paternidad²²³.

Sin embargo, en Italia la protección de la trabajadora en estado de gestación resulta menos garantista que la legislación bávara. Su normativa contempla una prohibición de despido de la trabajadora embarazada desde el inicio del embarazo hasta un año después del nacimiento del hijo, no obstante la trabajadora podrá ser despedida siempre que se acredite justa causa²²⁴. En Francia la protección se extiende desde el inicio del embarazo hasta el mes posterior en el que finaliza en permiso de maternidad, sin embargo, es obligatorio que el empresario conozca la situación de embarazo²²⁵.

Por último, Luxemburgo se puede considerar el país menos garantista de la UE, ya que la mayoría de los países exigen al empresario acreditar que el despido se debe a una causa objetiva diferente del estado biológico de la trabajadora, no obstante, en este país no parece existir ninguna norma que obligue al empresario a demostrar que el despido se debe a causas distintas del embarazo²²⁶.

Recordar que en España la prohibición de despido, según el art.55.5 del ET, se contempla desde el inicio del embarazo hasta un año después de la incorporación al trabajo, incluyendo esta protección a las trabajadoras que tengan suspendido el contrato por nacimiento, adopción, riesgo o enfermedad durante el embarazo o lactancia²²⁷. Asimismo gozan de la misma protección las trabajadoras hayan solicitado o estén disfrutando de los permisos contemplados en el art.37.4, 5 y 6 o tengan la excedencia recogida en el art.46.3,

²²² “Do employees who are pregnant or on maternity leave enjoy any especial protection in the event of redundancy in Germany?”, cit.43.

²²³ Informe de la Comisión sobre la aplicación de 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 periodo de lactancia.

²²⁴ De Matteis, A., Accardo, P. & Mammone, G., “Perfil de Derecho Laboral nacional: Italia” (disponible en https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159153/lang-es/index.htm última consulta 3/4/2019).

²²⁵ Informe de la Comisión sobre la aplicación de 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 periodo de lactancia.

²²⁶ *Idem*

²²⁷ Art. 55.5 del 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.

estos arts. se refieren a las ausencias del puesto de trabajo con fines de maternidad y a la reducción de jornada por cuidado del menor²²⁸.

Como se puede apreciar, España no es el país más garantista de la UE en esta materia, sin embargo, tampoco lo podemos considerar como el peor posicionado. De esta breve explicación, se puede llegar a la conclusión de que la legislación española es bastante similar a la francesa, pudiendo llegar a afirmar que en España la jurisprudencia ha logrado un punto más de protección al considerar que no es necesario que el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora para consagrar la nulidad de su despido.

4.2. Recomendaciones de medidas que refuercen la tutela preventiva en el sistema normativo

Mediante el análisis de la STJUE 2 de febrero de 2018, se ha podido observar las deficiencias y carencias tanto del derecho de la UE como de nuestro ordenamiento en materia de protección de la trabajadora embarazada frente al despido.

Como se ha mencionado, en la carta individual del despido colectivo tan solo se han de exponer las causas motivadoras del despido (económica, técnica, productiva u organizativa), ya que los trabajadores afectados ya deberían de haber sido informados por los representantes de los trabajadores de los criterios de selección. Sin embargo, como muchas veces la trabajadora embarazada que ha sido despedida los desconoce, sería bastante razonable y garantista, exigir que los representantes de los trabajadores realizasen una descripción escrita detallada de estos criterios a los trabajadores que vayan a ser despedidos. De esta manera, la trabajadora embarazada que haya sido despedida podría tener un conocimiento más preciso de si realmente su despido se debe a su estado biológico o no, y por lo tanto, si ese despido debe considerarse como nulo en los Tribunales.

Para mejorar la tutela preventiva de nuestro ordenamiento, resultaría recomendable una norma que contemplase una prioridad de recolocación de la trabajadora embarazada. La prioridad de permanencia *ex lege*, aunque sea una forma viable y muy garantista, puede resultar excesiva. Sin embargo, si que podría ser una opción que en la negociación colectiva se incluyese de manera expresa una prioridad de permanencia de la trabajadora embarazada, esta previsión daría una tutela reforzada a la trabajadora embarazada y

²²⁸ Art. 37.4, 5, 6 y 46.3 del 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.

además, si se decide despedir a un trabajador con prioridad de permanencia se deben explicar las causas de forma específica, y por lo tanto de manera distinta a las formas de un despido colectivo²²⁹.

4.3. Conclusión final

En el presente trabajo se ha realizado un análisis de toda la normativa y jurisprudencia relativa al despido de la trabajadora embarazada. Tanto la evolución normativa como la labor fundamental de los Tribunales ha sido espectacular en esta materia, no en muchos años, se ha conseguido dar un gran paso en el avance de la protección de la mujer embarazada en el mundo laboral, ya que hasta 1999 en nuestro ordenamiento no existía ningún tipo de protección reforzada de la trabajadora en estado de gestación frente a los despidos.

Sin embargo, tanto la legislación comunitaria como nacional siguen teniendo bastantes carencias en esta materia, y queda claro que todavía queda mucho por hacer para lograr erradicar la discriminación por razón de género en el mundo laboral.

Finalmente, destacar la evolución jurisprudencial, que ha permitido dar a la trabajadora embarazada una tutela mucho más garantista en materia de despidos, un ejemplo claro es la labor del TC en 2008, al afirmar que para la calificación de nulidad de despido no es requisito necesario que el empresario conozca el estado de gestación de la trabajadora. No obstante, las contradicciones de los Tribunales siguen siendo una realidad, actualmente la polémica doctrinal suele girar en torno a la concreción de la “causa” en la carta individual de despidos colectivos.

Por todo ello, el progreso en esta materia ha sido grandioso, aunque no suficiente, pudiendo existir en España una mejora en el ámbito de la tutela preventiva de la trabajadora embarazada.

²²⁹ Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, cit., p. 161.

5. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01) (BOE de 18 de diciembre de 2000).

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asunto de empleo y ocupación (BOE de 26 de julio de 2006).

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 (BOE 28 de noviembre de 1992).

Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. (BOE de 12 de agosto de 1998).

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011).

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6 de noviembre de 1999).

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

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 contrato y reducción de jornada (BOE 30 de octubre de 2012).

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE de 7 de enero de 1999).

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 24 de octubre de 2015)

Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo de 2019).

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el tratado de Lisboa. (BOE 30 de marzo de 2010).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2013 173/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2003 111/2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1994 173/1994.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 2008 92/2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 2008 74/2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 2002 41/2002.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 1994 (c-32/93).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2004 (c-342/01).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (c-506/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 1998 (c-394/96).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 1990 (c-177/88).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007, asunto *Paquay* (C-460/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2001, asunto *TeleDanmark* (C-109/00).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar (C-438/99).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de mayo de 2018 (nº rec.713/2018).

Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 (nºrec.1460/1997).

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (nº rec.10084/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2016 (nº rec.3245/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016 (nº rec.2507/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003 (nº rec.1205/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2009 (nº rec.1758/2008).

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011 (nº rec.2893/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (nº rec.802/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 (nº rec.2423/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (nº rec.231/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995 (nº rec.8771/1995).

Obras doctrinales

Aguilera Izquierdo, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº especial 69, 2007, pp. 69-119.

Aguilera Rull, A., “Discriminación directa e indirecta”, *Revista per a l'analisi del dret*, 2007, p.5 (disponible en

<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78708/102784> última consulta 25/3/2019)

Arévalo Ases, J.E., “Los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia de un despido intempestivo en contra de una mujer embarazada”, *Bachelor’s thesis, Quito: Universidad de las Américas*, 2018, pp. 1-57. (disponible en <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/9342/1/UDLA-EC-TAB-2018-13.pdf> última consulta 3/4/2019).

Astelarra, J., “*Políticas de género en la Unión Europea y algunos apuntes sobre América Latina*”, United Nations Publications, vol.57, 2004, pp.1-57.

Banco Mundial, *Mujer, Empresa y el Derecho 2019: Una década de reformas*, 2019 (disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31327/WBL2019.pdf> última consulta 13/3/2019)

Barreto, D.M.C, “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol.23, 2010, pp.85-92.

Beltrán de Heredia Ruiz., I., “Trabajadoras embarazadas, despidos colectivos y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018 (disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/06/11/trabajadoras-embarazadas-despido-colectivo-y-criterios-de-seleccion-primeras-reacciones-al-caso-porras-guisado-tsj-cyl/> última consulta 25/3/2019)

Breitschwerdt, J., “Do employees who are pregnant or on maternity leave enjoy any especial protection in the event of redundancy in Germany?”, *Norton Rose Fulbrigh*”, 2017 (disponible en <https://www.globalworkplaceinsider.com/2017/06/do-employees-who-are-pregnant-or-on-maternity-leave-enjoy-any-special-protection-in-the-event-of-redundancy-in-germany/> última consulta 3/4/2019).

Carrillo Asesores, “Aprobado el Real Decreto-ley de igualdad de empleo”, *Murcia Economía*, 8 de marzo de 2019 (disponible en <https://murciaeconomia.com/art/61899/aprobado-el-real-decreto-ley-de-igualdad-en-el-empleo>; última consulta 7/3/2019)

Catalá, R.P., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol.6, nº 7, 2013, pp.1-20.

Conde-Pumpido, M.T., “La discriminación por embarazo o maternidad: Aplicación y aportaciones de la Ley Orgánica 3/2007”, *Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Discriminación por Razón de Sexo y Procedimiento Jurídico*, Universidad del País Vasco, España, 2008, pp.1-24 (disponible en http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Teresa_Conde.pdf última consulta 4/4/2019)

DE CASTRO MEJUTO, L.F., “Los trabajadores temporales ante el despido colectivo. Régimen, supuestos y fraude”, *Revista Técnico Laboral*, vol. 34, nº 133, 2012, pp.349-359.

De la Torre, C., “Las empresas deberían tomarse más en serio la igualdad real entre mujeres y hombres”, *Noticias jurídicas*, 9 de marzo de 2019 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13759-las-empresas-deberan-tomarse-mas-en-serio-la-igualdad-real-entre-mujeres-y-hombres/>; última consulta 9/3/2019)

De Matteis, A., Accardo, P. & Mammone, G., “Perfil de Derecho Laboral nacional: Italia” (disponible en https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159153/lang--es/index.htm última consulta 3/4/2019).

Escuela de Administración Pública de Extremadura, “Discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación múltiple”, *Guía de formación para la incorporación de la igualdad en la Administración pública* (disponible en http://eap.gobex.es/external/guia_formacion_igualdad/contenido/cap3/2contenidos_de_la_clase-discriminaciones.html última consulta 18/3/2019)

Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women And Youth (disponible en <https://www.bmfsfj.de/blob/95290/050ecb5bab79593e7c4b3f1a6c3bad6e/selbstdarstellungenflyer-englisch-data.pdf> última consulta 3/4/2019).

Fernández Avilés, J.A., “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 425, 2018, pp. 152-162.

Fernández López, M.F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol.79, 2005, pp.12-68.

Fernández Martín, M., “Protección de la Maternidad frente a los Riesgos Laborales”, 2015, pp.1-41. (disponible en <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/4256/TRABAJO%20FIN%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>; última consulta 10/3/2019)

Fernández Martín, M., “Protección de la Maternidad frente a los Riesgos Laborales”, 2015, pp.1-41 (disponible en <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/4256/TRABAJO%20FIN%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>; última consulta 10/3/2019)

González, P., “Trabajadora embarazada y periodo de prueba”, *Melián Abogados*, 2016 (disponible en <https://mymabogados.com/trabajadora-embarazada-y-periodo-de-prueba#> última consulta 7/4/2019).

Gorelli Hernández, J., “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato: la regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 97, 1999, pp.729-768.

Huerta Pérez, L., “Contenido de la carta de despido en un despido colectivo”, *Bufete Buades*, 2016 (disponible en <https://www.bufetebuades.com/contenido-de-la-carta-de-despido-en-un-despido-colectivo/> última consulta 8/4/2019).

Igareda González, N., “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 18, 2009, p.141-152.

Informe de la Comisión sobre la aplicación de 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 periodo de lactancia (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51999DC0100&from=ES> última consulta 3/4/2019).

Jiménez Román, M., “Despido de mujer embarazada”, 2017, pp.1-31 (disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/167253> última consulta 15/3/2019)

Llana Consultores, “Mujer embarazada, baja por no superación del periodo de prueba” (disponible en <https://llanaconsultores.com/mujer-embarazada-baja-por-no-superacion-del-periodo-de-prueba/> última consulta 17/3/2019)

Lombardo, E., “El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, vol. 13, 2003, pp. 6-11.

Lombardo, E., & León, M., “Políticas de igualdad de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica”. *Investigaciones feministas*, vol. 5, 2014, pp. 13-35.

Lousada Arocha, J.F., “La ley de igualdad cumple diez años como norma transversal para eliminar prejuicios”, *Abogacía española*, 20 de abril de 2017 (disponible en <https://www.abogacia.es/2017/04/20/la-ley-de-igualdad-cumple-diez-anos-como-norma-transversal-para-eliminar-prejuicios/>; última consulta 5/3/2019)

Millán Vázquez de la Torre, M., Santos Pita, M. D. P., & Pérez Naranjo, L. M., “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de población*, vol. 21(84), 2015, pp. 197-225.

Rodríguez Copé, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “iuris et de iure” del móvil discriminatorio, ¿en todo caso?”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 96, 2008, pp. 230-239.

Rodríguez Copé, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “iuris et de iure” del móvil discriminatorio, ¿en todo caso?”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 96, 2008, p.230-239.

Rojo Torrecilla, E., “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral”, *Duodécimas jornadas valencianas de relaciones laborales. Colegio oficial de graduados sociales de Valencia*, 2018, pp.1-54.

(disponible en

https://www.academia.edu/36623902/LA_IMPORTANCIA_DE_LA_JURISPRUDENCIA_DEL_TRIBUNAL_DE_JUSTICIA_DE_LA_UNI%C3%93N_EUROPEA_EN_MATERIA_LABORAL última consulta 28 de marzo de 2019)

Roldán, P.L., “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol.144, 2018, pp.90-114.

Rubio, M.P.G, “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho privado y constitución*, vol. 21, 2007, pp.131-166.

Sánchez Múniz, L.M., “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 18, 2014, pp.257-272.

Schonard,M., “La igualdad entre hombres y mujeres”, *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*”, 2019, pp.1-9. (disponible en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.3.8.pdf, última consulta 5/3/2019).