



FACULTAD DE DERECHO

La Trabajadora Embarazada en el marco de un despido colectivo.

Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea. Asunto C-103/16.

Autor: Cristina Cano Aparicio
5º E-3 A.

Derecho de las Relaciones Laborales.

Tutor: Dolores Carrillo Márquez.

Madrid.
Abril, 2018.

Resumen.

La reclamada y efectiva igualdad entre mujeres y hombres, perseguida durante las últimas décadas, ha ocasionado numerosas modificaciones en la sociedad. Entre dichas reformas, cabe destacar todas aquellas medidas que permitan la conciliación de la vida familiar y personal con la esfera profesional, consiguiéndose así una inclusión de la mujer en la vida pública, que hasta no hace mucho tiempo, se le privaba tanto en educación como en profesión. Por tanto, y ante un tema de gran complejidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha emitido recientemente una sentencia por la que se permite incluir a trabajadoras embarazadas en un despido colectivo. Si bien, la cuestión es más compleja de lo que se presenta, podemos observar la trascendencia y polémica que dicho pronunciamiento ha ocasionado. Por todo ello, procedemos a analizar los argumentos que han motivado tal decisión, y si en verdad concurre una vulneración de los derechos de las mujeres y su protección en el ámbito laboral.

Palabras clave: *mujer, embarazada, despido colectivo, igualdad, discriminación y empresario.*

Abstract.

The claimed and effective equality between women and men, persecuted during the last decades, has caused numerous changes in society. Among these reforms, it is worth highlighting all those measures that allow the conciliation of family and personal life with the professional sphere, thus achieving an inclusion of women in public life, which until not long ago, was prohibited of both education and in profession Therefore, and before a very complex issue, the Court of Justice of the European Union, has recently issued a ruling allowing pregnant workers to be included in a collective dismissal. Although, the question is more complex than what is presented, we can observe the transcendence and controversy that pronouncement has caused. Therefore, we proceed to analyze the arguments that have motivated such a decision, and if in truth there is a violation of the rights of women and their protection in the workplace.

Key-words: *women, pregnant, collective dismissal, equality and businessman*

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL DESPIDO COLECTIVO.....	6
2.1. REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO.	7
2.2. CAUSAS DEL DESPIDO COLECTIVO.	10
2.3. ELECCIÓN EN EL DESPIDO COLECTIVO.	12
2.4. NÚMERO DE TRABAJADORES Y PERIODO DE CÓMPUTO.	15
2.5. ORDEN DE PRIORIDADES.....	16
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	18
3.1. SJS Nº 33 DE BARCELONA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2012Y STSJ CATALUÑA Nº 7833/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE.....	18
3.2. LA OPINIÓN DE LA DOCTORA JENNIFER BEL ANTAKI.	23
4. ASUNTO C-103/16. JESSICA PORRAS GUIADO/BANKIA S.A	24
4.1. INTRODUCCIÓN DE LA ENTIDAD BANKIA.	24
4.2. ACUERDO DEL DESPIDO COLECTIVO.....	25
4.2.1. <i>Acta del Acuerdo: Programa de Adhesión</i>	25
4.2.2. <i>Anexo III: Criterios de afectación de empleos. Marco de Aplicación y Desarrollo.</i>	28
4.3. CASO DE BANKIA S.A. vs JESIICA PORRAS GUIADO.	32
5. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.....	34
5.1. ABOGADA GENERAL.....	34
5.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	43
6. CONCLUSIONES.....	47
6.1. CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL.....	47
6.2. EL TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.	49
6.3. CONCLUSIONES: LIBERTAD DE EMPRESA Y PODER DEL EMPRESARIO VS. PRINCIPIO IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.	50
7. BIBLIOGRAFÍA.....	55

1. INTRODUCCIÓN.

Nos encontramos ante un tema que ha acarreado una gran controversia. La inclusión y la conciliación de la mujer en el ámbito laboral es, sin duda, unas de las grandes cuestiones que trata de ser mejorada y que actualmente está a la orden del día¹. A pesar de ello, también es cierto que la gran reclamada igualdad entre hombres y mujeres, no es un tema que acaece a este siglo, sino que lleva tratándose de luchar desde hace ya muchos años.

Sin embargo, a pesar de la estrecha conexión con el papel de la mujer en el mercado de trabajo, este trabajo se propone analizar más concretamente, si resulta discriminatorio incluir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo o regulación de empleo. Como decíamos, la plena integración de la mujer en la vida pública, es un largo proceso que hoy en día sigue sin haberse culminado. Por ello, este tema, presenta una gran conflictividad entre el colectivo de la mujer, pues puede percibirse como una vulneración de sus derechos fundamentales y la dignidad de su persona, así como, un impedimento a la conciliación de la vida familiar y personal con su desarrollo profesional.

Por tanto, podemos observar que la repercusión y envergadura del asunto no es poca. Todo ello viene acompañado de una etapa en la que el movimiento feminista se haya a la orden del día, en la lucha contra la desigualdad, las remuneraciones salariales para idénticos puestos de trabajo, la accesibilidad a puestos de alta dirección etc.... provocan que esta sentencia surja en un momento de gran significación².

Para abordar el tema en cuestión, centraremos nuestro estudio en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual emitió resolución sobre la cuestión el pasado 22 de febrero de 2018³. El caso en concreto versa sobre una trabajadora

¹ CASTAÑO, C., IGLESIAS, C., MAÑAS, E., & SÁNCHEZ, M. *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*. Colección Estudios, 1999.

² ÍÑIGUEZ, L., ORTEGA, M. & HERRERO, F., “La discriminación de la mujer en el mundo laboral”, *Jornades de Foment de la Investigació. Universitat Jaume*, 2009 (disponible en http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/77766/forum_2009_34.pdf; última consulta 10/04/2018)

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 22 de febrero de 2018. Asunto C-103/16

embarazada, Jessica Porras, que fue incluida en el despido colectivo llevado a cabo por la entidad Bankia, S.A.

Ante la complejidad de la cuestión y la controversia suscitada en torno a la trasposición de la Directiva comunitaria 98/59 y su artículo 10, el órgano remitente plantea cinco cuestiones prejudiciales, para que el Tribunal en cuestión, interprete y determine el correcto proceder en tales situaciones⁴.

Para poder realizar el análisis de las sentencias, se han empleado principalmente, como ya se ha apuntado, la resolución por parte del Tribunal de la Unión Europea junto con las aclaraciones emitidas por la abogada general, y ambos se basarán esencialmente en el estudio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva sobre maternidad y su trasposición en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Dada la trascendencia que dicha sentencia ha supuesto para jurisprudencia, tanto española como comunitaria, han sido muchos los autores que se han pronunciado al respecto, y que permitirán abarcar una amplia ideología y visión sobre el asunto⁵.

En contraposición con todo lo anterior, y dado el interés que esta sentencia ha generado, se emplearan sentencias previas emitidas por nuestros órganos nacionales en las que se afirma rotundamente la prohibición de inclusión de una trabajadora embarazada en un despido colectivo y su clara prioridad de permanencia.

Finalmente, y a modo de conclusión, estudiaremos la compatibilidad entre el poder del empresario y la libertad de empresa con el derecho a la igualdad y no discriminación de los trabajadores, señalándose los límites de unos y otros que han de convivir en el ámbito laboral para su adecuado y correcto desarrollo.

2. EL DESPIDO COLECTIVO.

⁴ LOMBARDO, E. *La europeización de la política española de igualdad de género*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁵ OTO, P. C. "La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo/The policy of conciliation between work and family life in the collective bargaining. An aspect of European Employment Strategy." *Cuadernos de relaciones laborales*, 2005, pg. 131-150.

2.1. REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO.

A continuación, procedemos a analizar el despido colectivo y sus cuestiones más relevantes en profundidad.

En la legislación actual el despido colectivo, constituye una de las formas de extinción de los contratos de trabajo recogido en el artículo 49.1.i) del Estatuto de los Trabajadores y por ende puede incluirse dentro del género del despido⁶.

Artículo 49 del ET: Extinción del contrato.

1. El contrato de trabajo se extinguirá:

- i. Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.*

En esta clase de despido cabe destacar la voluntad unilateral del empresario de la extinción de dicho contrato laboral. A pesar esta de todo ello, el despido colectivo deberá someterse a un conjunto de requisitos y exigencias, en cuanto a la forma y al procedimiento, para que este tenga la consideración de válido⁷. En cuanto a la regulación del procedimiento de este tipo de despido se haya contenido en:

Artículo 51 del ET. Despido colectivo.

1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a (...)

El despido colectivo es, por tanto y en virtud del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, una forma de extinción de los contratos de trabajo. No obstante, las dos notas diferenciadoras que caracterizan este tipo de despido del resto son: tanto la causa y el alcance numérico, como se recoge en el Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero

⁶ SEMPERE NAVARRO, A. “Reglamentación del despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.

⁷ SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi/Thomson Reuters, 2012.

de 2008⁸. Por tanto, el despido colectivo puede distinguirse del despido disciplinario por su causa, la cual es inherente a razones referenciadas en la empresa. Por su carácter colectivo se diferencia de la amortización de puesto o despido individual o plural por causas objetivas. El despido colectivo también cabe diferenciarlo de otros procedimientos de reestructuración y reducción de plantillas, como son las “bajas incentivadas”, las cuales son realizadas de mutuo acuerdo entre las partes (normalmente bajo la negociación con los representantes de los trabajadores), incluyendo así también las jubilaciones anticipadas o prejubilaciones. No obstante, el despido colectivo podría asimilarse al despido por fuerza mayor, el cual cuenta con unas reglas especiales.

El despido colectivo es una herramienta que ha de emplearse ante determinadas circunstancias de la empresa, esto es, cuando se haya de proceder a la extinción de contratos de trabajo por causas inherentes a la empresa, sin posibilidades de subrogación de un nuevo empresario, y que alcance a un gran número de trabajadores. Dentro de estas circunstancias inherentes a la empresa podemos destacar, la extinción de la personalidad jurídica de la entidad titular de la empresa del artículo 49.g Estatuto de los Trabajadores, así como la insuficiencia presupuestaria para el caso de determinados tipos de empleadores artículo 52.e Estatuto de los Trabajadores. Del mismo modo, la jurisprudencia comunitaria, en el caso David Claes y otros, contra Landsbanki Luxemburgo⁹, ordena que la normativa para despidos colectivos sea aplicable en los supuestos de disolución judicial y liquidación para aquellas empresas insolventes.

El origen de esta clase de despido se remonta al año 1930, el cual recibía la denominación de despido por “crisis” o por “falta de trabajo”, y el cual se ha mantenido hasta nuestros tiempos. Sin embargo, este despido ha sido objeto de sucesivas reformas laborales que lo configuran a lo que hoy conocemos como despido colectivo¹⁰. Entre las reformas, anteriormente mencionadas caben destacar la del año 1994 y posteriormente las de año 2010 y 2012, todas ellas con un marcado carácter de flexibilización.

Como ya hemos visto al inicio de este apartado, el régimen jurídico del despido colectivo se encuentra regulado principalmente por medio tanto de normas legales como

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de enero de 2008. Asunto 4042/2006.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 3 de marzo 2011.

¹⁰ MOLERO MANGLANO; PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO. *La Reforma de los Expedientes de Regulación de Empleo*, Tirant lo Blanch, 2012.

reglamentarias¹¹. Las normas legales se hayan recogidas en el artículo 51 del ET, mientras que la normativa reglamentaria se haya en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre¹²(en adelante RPDC). La normativa vigente en cuanto al despido colectivo es el resultado de sucesivas modificaciones¹³, esencialmente la realizada en el año 1994. Todas las modificaciones, fueron consignadas en el actual Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, vigente a partir del 13 de noviembre de 2015, DT 10^a ¹⁴(en adelante, ET)

Los convenios y acuerdos colectivos pueden emplearse para desarrollar las disposiciones legales pertinentes a los despidos colectivos, estableciendo criterios en cuanto a iniciativas empresariales, así como posibles soluciones. Más aún, el artículo 51 del ET prevé la posibilidad de incluir criterios para la designación o selección de los trabajadores en el procedimiento del despido colectivo y en especial una serie de criterios de prioridad de permanencia.

Asimismo, junto a la legislación española ya enumerada previamente, debemos señalar un conjunto de normas internacionales que regulan esta materia, aportando uniformidad que ha de ser seguida por todos los Estados miembros, y que son:

- El Convenio de la OIT núm. 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, que incluye exigencias específicas para los despidos por causas económicas o tecnológicas¹⁵.
- La Directiva 98/59, de 20 de julio de 21 de 1998, relativa a la aproximación de la legislación de los Estados miembros en lo que se refiere a los despidos colectivos¹⁶.

¹¹ GONZÁLEZ POSADA, E. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, AL, núm. 23, 1995.

¹² Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 30 de octubre de 2012).

¹³ NAVARRO NIETO, F. “Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, 2013.

¹⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, de Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre 2015).

¹⁵ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, Ginebra, núm. 158.

¹⁶ Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio. LCEur 1998\2531, de Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Esta última normativa, será mencionada en sucesivas ocasiones a lo largo de este trabajo, dada la controversia que su interpretación y adecuación ha generado, y que veremos más detenidamente en epígrafes posteriores.

2.2. CAUSAS DEL DESPIDO COLECTIVO.

Como ya se ha mencionado anteriormente la causa del despido colectivo constituye una de sus notas diferenciadoras de las demás clases de despido. Los fundamentos de todo despido colectivo han de ser causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, también tendrá la consideración de causa el cese toda de la actividad empresarial¹⁷ (art. 51.1 ET). Por tanto, un despido colectivo podrá conllevar o bien, una reducción de plantilla por encima de determinados umbrales. o bien la extinción de todos los contratos de trabajo, es decir que afecte a la totalidad de los trabajadores, en la cual únicamente se aplicaran las condiciones del despido colectivo cuando se vean afectados más de cinco trabajadores.

Como regla general, la jurisprudencia exige que para encontrarse ante una situación de extinción de la personalidad jurídica o venta judicial la causa ha de reunir tres notas simultáneamente:

- Objetividad: no se ha de tratar de una mera opinión o declaración de la empresa.
- Realidad y Actualidad: no puede estar fundada en una mera expectativa o sospecha de crisis futura, ni tampoco en circunstancias pasadas ya superadas.
- Suficiencia: todo ello ha de ser valorado desde el punto de vista de la propia empresa, teniendo en consideración su volumen y capacidad.

A continuación, analizaremos de forma más detallada estas causas que conducen a la aplicación del despido colectivo:

A) Causas Económicas.

¹⁷ MARTÍNEZ EMPERADOR, R. *Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en Reforma de la legislación Laboral*. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Según el artículo 51.1 ET y el art. 1.2 del Real Decreto 1483/2012, concurrirán en causa económicas aquellas entidades que se encuentren en una situación económica negativa, es decir que de sus resultados se desprendan unas pérdidas actuales o previstas, o la disminución reiterada de su nivel de ingresos. Todo ello debe producirse en el marco de unas determinadas circunstancias. Por ejemplo, la disminución persistente de los ingresos ha de producirse durante tres trimestres consecutivos (y cada uno respecto del trimestre del año anterior), si se diese esta situación la extinción de los contratos de trabajo se encontraría justificada. Además de las pérdidas o disminución de los ingresos el empresario podrá alegar otras circunstancias no citadas previamente, siempre y cuando tengan como resultado una situación económica negativa de la empresa.¹⁸

Por todo ello, las causas económicas de la empresa son lo que se conoce tradicionalmente como crisis empresarial. Es importante matizar la definición que el Tribunal Supremo¹⁹ realiza sobre una situación económica negativa y es, toda situación desfavorable en términos de rentabilidad, que no se identifica necesariamente con “pérdidas”.

B) Causas técnicas, organizativas o de producción.

El resto de las causas recogidas en el artículo 51 del ET hacen referencia a todas aquellas situaciones inherentes a la empresa sobre su actividad, funcionamiento u organización interna, cumpliendo las tres notas de: objetividad, realidad y suficiencia.

Estas causas se encuentran recogidas exactamente en el apartado primero del artículo 51 del ET, a su vez reiterados por el art. 1.2 del RPDC, según el cual:

“se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción [por ejemplo, el recurso a fórmulas de descentralización productiva] y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”

¹⁸ AA.VV., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de marzo 2014, recurso de casación núm. 158/2013.

Al igual que sucede con los despidos colectivos, fundados en causas económicas, los que se produzcan por razones técnicas, organizativas o de producción tampoco exigen una situación de crisis actual. Es decir, la decisión de extinción puede provenir como medida preventiva ante una crisis futura, motivada por las circunstancias, ya presentes y acreditadas.²⁰

2.3. ELECCIÓN EN EL DESPIDO COLECTIVO.

La legislación del despido colectivo es aplicable tanto a empresas de carácter privado como público. Sin embargo, el conflicto a tratar radica en las expresiones empleadas para determinar el ámbito del despido colectivo²¹, que se recogen en el artículo 1 de la directiva comunitaria y en el artículo 51 de nuestra legislación (ET). Las cuales establecen, de manera contradictoria:

Artículo 51 ET.

- “1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:*
- a) Diez trabajadores, en **las empresas** que ocupen menos de cien trabajadores.*
 - b) El 10 por ciento del número de trabajadores **de la empresa** en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
 - c) Treinta trabajadores en **las empresas** que ocupen más de trescientos trabajadores.”*

Artículo 1.1 de la Directiva 98/59 CE.

“a) se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un período de 30 días:

*- al menos igual a 10 en **los centros de trabajo** que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores (...)”*

²⁰ CASTRO, J. G. “Régimen jurídico del despido colectivo”, *Derecho: revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, 2013, pg. 22.

²¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. “Empresa, centro de trabajo y despido colectivo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2015, 2015.

Como podemos observar la regulación de una y otra legislación difiere en la expresión centro de trabajo y empresa. Pues bien, este tema que analizaremos a continuación ha suscitado una gran controversia por parte de las doctrinas nacionales y la comunitaria, debiendo finalmente intervenir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aclarar el problema sobre su adecuada interpretación²².

Para abordar esta cuestión, emplearemos como punto de referencia, la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015, sobre el asunto Rabal Cañas²³, en la cual el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona plantea cuestión prejudicial sobre si ha de entenderse como ámbito de computo de despido colectivo, la empresa o el centro de trabajo.

Por tanto, podemos apreciar en virtud de la cuestión prejudicial dos problemas a resolver por el Tribunal de Justicia Europeo.

El primero de ellos es si definitivamente la Directiva considera como ámbito de cómputo el centro de trabajo, al utilizar de forma literal la expresión de “centro de trabajo”. Ante ello, el Tribunal responde en su párrafo 49, de forma clara lo siguiente:

«el "centro de trabajo" es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido, y son los despidos efectuados en dicha entidad los que han de tomarse en consideración separadamente de los efectuados en otros centros de trabajo de esa misma empresa»

En este caso debemos mencionar otra sentencia estrechamente ligada, *USDAW y Wilson*²⁴ del 30 de abril de 2015, en la que el Tribunal ya se pronunció sobre la cuestión, y nuevamente concluye de la misma forma. En ella confirma que se hace uso de la expresión de centro de trabajo en singular, con la intención de excluir a todos los demás centros de trabajo de una empresa.

²² MARTÍNEZ MORENO, C. “Despidos colectivos”, GARCÍA MURCIA, J (coord.) *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*; Ministerio de Trabajo, 2005, págs. 475-487

²³ Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015, sobre el asunto Rabal Cañas. Asunto C-392/13,

²⁴ Sentencia del TJUE 30 de abril de 2015, *USDAW y Wilson*. Asunto C-80/14.

El segundo problema, relacionado con las legislaciones estatales, es si en su trasposición de la Directiva pueden optar como ámbito de cómputo por la empresa, en virtud del principio de norma más favorable.

Finalmente, el Tribunal responde conjuntamente a ambas cuestiones, diciendo:

“La opción legislativa por la empresa como unidad de cómputo no puede hacerse sustituyendo por completo la posibilidad de utilizar el centro de trabajo como unidad de cómputo (cuando aplicándose el centro de trabajo se alcancen el número de despidos requeridos por el artículo 1.1): esta última unidad está garantizada por la Directiva y el legislador nacional podría añadir otra unidad de cómputo, pero solo como garantía adicional, nunca como alternativa excluyente. A la luz de lo expuesto, la conclusión respecto de la legislación española es clara: al introducir como única unidad de referencia la empresa y no dar cabida al cómputo por centro de trabajo, la legislación española infringe la Directiva.”²⁵

A la luz de dicha resolución, se entiende que la norma española vulnera dicha regla al considerar como unidad en el despido colectivo únicamente a la empresa. Por todo ello, la jurisprudencia española procedió a la modificación de su artículo 51 ET, en virtud del cual la unidad de cómputo para la aplicación de las reglas del despido colectivo será en primera instancia el centro de trabajo y de forma subsidiaria la empresa, cuando se superen los umbrales establecidos²⁶.

Esta aplicación subsidiaria, responde al principio de primacía del Derecho Comunitario y eficacia horizontal interpretativa de la Directiva, tanto jueces como tribunales nacionales han de aplicar la norma comunitaria en base a una interpretación conforme, pero no *contra legem* de la norma interna, debiéndose modificar la regla legal para adecuarla al texto y finalidad de la Directiva²⁷.

En el caso de aplicación de la empresa como unidad de cómputo han de cumplirse una serie de requisitos, entre los que cabe mencionar: que se trate de un auténtico centro de trabajo según las dimensiones y características recogidas en la jurisprudencia comunitaria. En cuanto a la dimensión exige que haya más de 20 empleados y respecto a

²⁵ SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y. y FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. “Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59 CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Revista española de Derecho de Trabajo*, núm. 194, 2017.

²⁶ *Op. Cit.*, pg.117-163.

²⁷ LASA LÓPEZ, A.: “El juez europeo matiza el significado y alcance de la normativa española del despido colectivo en materia de unidad espacial de referencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2015, pág. 10.

las características que se trate de una entidad diferenciada con permanencia y estabilidad, con la intención de llevar a cabo una o varias tareas que se integran dentro de su organización empresarial.

En suma, la STJUE Rabal Cañas no es motivo para dejar de realizar el cómputo de trabajadores afectados por empresa, pero sí es motivo para empezar a realizarlo, además, centro por centro²⁸, cuando se superen los umbrales numéricos del art. 51.1 del ET dentro de un único centro de trabajo que emplee a más de 20 trabajadores.

2.4. NÚMERO DE TRABAJADORES Y PERIODO DE CÓMPUTO.

Una vez mencionada la primera nota característica, continuaremos con la segunda nota que diferencia al despido colectivo: el alcance. Para que un despido tenga la calificación de despido colectivo dependerá del número de trabajadores que se vean afectados, dichos requisitos se encuentran en el art.51 ET y art. 1.1 RPDC 1483/2012. Como decimos en caso de que no se alcance el mínimo establecido no tendrá esta consideración sino la del despido individual o en su defecto plural o colectivo menor, aplicándosele el procedimiento establecido en el artículo 52.c ET.²⁹

Como ya se aclaró en el punto anterior, la legislación española modificó su art. 51 ET, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Rabal Cañas. Para que exista un despido colectivo no basta que se alcancen los mínimos numéricos establecidos en el artículo 51 ET, sino que esto debe ser consecuencia necesaria de causas económicas, productivas u organizativas³⁰. Partiendo de nuevo del artículo 51 ET, y de su adaptación a la Directiva comunitaria 98/59, por la cual “obliga a tener en cuenta el centro de trabajo como unidad de medida cuando emplea habitualmente a más de 20 trabajadores”, el despido colectivo se alcanza en tres situaciones.

²⁸ BASTERRA HERNANDEZ, M. “El centro de trabajo como unidad de referencia para el cómputo de los despidos colectivos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017, pg. 377-288.

²⁹ BLASCO PELLICER, A. *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pg. 121.

³⁰ POQUET CATALÁ, R. “Últimos perfiles para el criterio temporal y cuantitativo del despido colectivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, pg. 99.

- Si el despido alcanza a la totalidad de la plantilla, siempre y cuando este despido afecte a más de cinco trabajadores. En estos casos, nos encontramos ante un cese total de la actividad empresarial.
- Si se despide en un centro de trabajo, el cual venía empleando a más de veinte trabajadores, caso que corresponde con los umbrales recogidos en el artículo 1 de la Directiva comunitaria.
- Si se despide a un número de trabajadores que equivalga en el plazo de noventa días a diez trabajadores como mínimo, cuando la plantilla total sea de menos de cien trabajadores. Si se despide al 10% de los trabajadores para empresas con una plantilla total de entre cien y trescientos trabajadores. Y finalmente, si se despide a treinta trabajadores en empresas que cuentan con más de trescientos trabajadores (art. 51 ET).

En los dos casos descritos anteriormente, se definen situaciones de reestructuración o reducción de la plantilla, pero en ningún caso se produce el cese total de la actividad. Para computar el número de despidos se tendrá en cuenta al total de trabajadores que se encuentren prestando servicios el mismo día que se inicia el procedimiento.

2.5. ORDEN DE PRIORIDAD EN LA ELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

La libertad del empresario para designar a los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguirán, queda limitada a lo recogido en el acuerdo colectivo. Estos acuerdos serán parte de la decisión extintiva y cualquier vulneración de los mismos será declarada improcedente. En cualquier caso, ningún precepto impondrá con carácter general los criterios para la selección de los trabajadores que se deberán ver afectados por el despido colectivo, pero los que se adopten deberán respetar los principios de razonabilidad y no discriminación ni podrán ser abusivos³¹.

Entre las medidas de las que dispone el empresario, destaca la adscripción voluntaria al despido. Esta decisión no vulneraría en ningún caso el derecho de negociación colectiva por parte de los trabajadores ni su adscripción conllevaría la nulidad del despido. Dentro de la libertad del empresario para seleccionar a los trabajadores, no se considerará

³¹ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, (Sala de lo Social) de 16 de marzo de 1992. Recurso de suplicación 107/1992.

discriminatoria la elección de aquellos por razón de edad, cuando su jubilación este próxima, y siempre y cuando se adopten las medidas necesarias para minimizar cualquier posible daño ante la extinción de dichos contratos. Asimismo, y de acuerdo con las previsiones contenidas en la DA 16ª de la Ley 27/2011³², no se considerará tampoco discriminatorio la exclusión del despido a los trabajadores mayores de cincuenta años, puesto que constituyen un colectivo más vulnerable y por tanto merecedor de mayor protección. No obstante, si supone una discriminación la elección de cualquier trabajador por razón de pertenencia u afiliación sindical.

Parece razonable, que no se imponga un tiempo para ejecutar el despido colectivo, y más aún cuando dicho despido no lleva aparejada el cese total de la actividad. Esto último se fundamenta en otorgar al empresario el mayor tiempo posible para minimizar los posibles daños, así como para reorganizar la actividad empresarial y que no suponga un perjuicio para la continuidad empresarial ni al resto de trabajadores.

En cuanto al orden de preferencia, título que abarca este apartado, un colectivo que resulta beneficiado son los representantes legales de los trabajadores. Este grupo de trabajadores tendrán una prioridad de permanencia frente a los demás trabajadores, salvo que en el acuerdo adoptado o en el convenio colectivo se otorgue preferencia a otros grupos de trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, discapacitado o mayores de una determinada edad (artículo 51 ET)³³. Respecto a los discapacitados y a la cuota de reserva que se establece por ley a su favor, no gozan de prioridad de permanencia frente a ningún otro colectivo³⁴.

En relación con la inclusión de las mujeres embarazadas en el despido colectivo, que es el tema es objeto de estudio, o bien aquellas que hayan dado a luz o que se hallen durante el periodo de lactancia respecto de las cuales y, conforme al artículo 10 de la Directiva

³² Ley 27/2011, de 1 de agosto, RCL 2011\1518, de Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Reforma de pensiones (BOE 5 de octubre 2011).

³³ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. "La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad." *Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 4 de febrero 2002. Recurso de casación 2620/1996

comunitaria 92/85/ CEE³⁵, se obliga a todos los Estados miembros a prohibir su despido cuando se encuentren en el periodo comprendido desde el comienzo de su embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad. Sin embargo, y en virtud de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, que analizaremos a continuación en detalle, se permite la inclusión de este colectivo siempre y cuando no sea por razón de su estado y cuando la autoridad competente lo haya autorizado.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Como ya se apuntó en la exposición del tema, resulta interesante plantear previamente al análisis de la sentencia objeto de estudio, dos sentencias previas emitidas por Tribunales nacionales, cuyas resoluciones se opondrán a lo dispuesto finalmente por el Tribunal de la Unión Europea y que otorgan preferencia a toda trabajadora embarazada.

3.1. SJS nº 33 de Barcelona de 17 de diciembre de 2012 y STSJ Cataluña nº 7833/2013, de 29 de noviembre.

En contrapartida con todo lo visto anteriormente, resulta relevante analizar dos sentencias en las cuales mediante la aplicación de la Directiva comunitaria se falló a favor de la mujer embarazada por su prioridad en un despido colectivo³⁶.

Las dos sentencias que serán objeto de análisis a continuación son:

- Sentencia del Juzgado de lo Social (en adelante, SJS) nº 33 de Barcelona de 17 de diciembre de 2013³⁷.

³⁵ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DOUE 28 de noviembre de 1992)

³⁶ ANTAKE, J.B., “¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?”, 2014 (disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891246/Bel.pdf/ba1e5d07-f124-4303-aa9c-5eb6bd0c61ca>; última consulta 11/04/2018)

³⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona nº 33, de 17 de diciembre de 339/2013. Recurso número 679/2013.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJ) nº 7833/2013, de 29 de noviembre³⁸.

En el caso que nos concierne, la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo llevo a cabo un Expediente de Regulación de Empleo, sujeto a la legislación anterior a la reforma realizada en 2012. En este expediente se estipuló la extinción de 42 contratos de trabajo sobre una plantilla total de 93 trabajadores, todo ello en base a motivos económicos, organizativos y de producción.

Entre los trabajadores que se vieron afectados por el ERE realizado por la ACCD, se encontraban 9 trabajadores en situación protegida, desde embarazo y maternidad a reducción de jornada por guarda legal. Ante dicha decisión por parte de la Agencia Catalana, un total de 20 trabajadores afectados interpusieron demanda, impugnando su inclusión en el expediente regulatorio por diferentes motivos, entre ellos por estar embarazadas.

En la primera sentencia de 17 de diciembre de 2013 el magistrado de Joan Agustí Maragall, declaró nulo parcialmente el expediente que afectaba a cuatro trabajadores en concreto, tres mujeres embarazadas y un trabajador en jornada reducida por guarda legal, declarando así la nulidad de su despido y su inmediata readmisión con el cobro de los salarios que dejaron de percibir.

El fallo del magistrado se fundó en una prioridad de permanencia de la mujer embarazada y en permiso de maternidad ante un despido colectivo, salvo que concurra una causa de excepcionalidad, según el cual no se apreciaba en el caso concreto. Asimismo, y de manera subsidiaria, consideró de aplicación al caso la tutela anti-discriminatoria, por la que se produce una inversión de la carga de la prueba al momento al que la trabajadora dio a conocer su situación de embarazo a la entidad.

En base a dicha resolución, ACCD interpuso recurso de súplica ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 1, de 29 de noviembre 7833/2013. Recurso número 2718/2013.

El fundamento de derecho de la resolución del magistrado al reconocer el derecho de prioridad de permanencia de la mujer embarazada se prevé, según el mismo, en la normativa internacional y comunitaria, las cuales regulan tanto el embarazo como la maternidad como situaciones especialmente protegidas. Como ya vimos al analizar el despido colectivo la legislación española únicamente reconoce como colectivo protegido y por ende, con prioridad de permanencia, a los representantes legales de los trabajadores. En efecto, tanto el artículo 51 ET, como el Reglamento que regula el procedimiento del despido colectivo, Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, como la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁹, establecen una prioridad de permanencia respecto al colectivo de la mujer embarazada, únicamente en el caso que se haya estipulado durante el periodo de consultas, pero no por razón legal. Así lo refundó la magistrada M^a Carolina San Martín Mazzucconi⁴⁰, en el caso Panda Security, en la cual dijo

“el único colectivo con prioridad de permanencia contemplada legalmente es el de los representantes legales de los trabajadores (art. 51.7 ET en su reducción vigente al tiempo de los hechos”, interpretando que “lo cierto es que en ningún caso se trata de quien esté en situación de embarazo o con su jornada reducida por guarda legal quede blindado frente al despido...”

Entre las cuatro demandas presentadas por los trabajadores, 3 correspondían a mujeres en situación de embarazo o maternidad. Ambas situaciones gozan de la protección de tutelas que si bien aplican en momentos diferentes resultan complementarias entre sí.

La primera tutela a mencionar es la tutela anti-discriminatoria o ex post, regulada en la Directiva 2006/54/CE,⁴¹ referente al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y que en nuestra legislación se encuentra traspuesta por medio de la Ley Orgánica de Igualdad, ya mencionada. Tanto el artículo 53.4 y 55.5 ET, plasmas dicha tutela, en los que se promueve la conciliación de la vida familiar y laboral de todas las personas trabajadoras.

³⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007)

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 138/2013, de 28 de junio (Ponente Ilma. Sra. D^a M^a Carolina San Martín Mazzucconi, caso Panda Security). (FFJJ Quinto).

⁴¹ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A través de estas legislaciones se busca proteger a la mujer embarazada trabajadora o en el ejercicio de su permiso de maternidad de un despido individual improcedente, ya sea de carácter objetivo o disciplinario.

Sin embargo, y según el magistrado, la garantía *ex post* recogida en los artículos 53.4 y 55.5 ET está planteada para aplicarse en caso de despido individual y “aunque se extendiese a las impugnaciones individuales de los trabajadores afectados por un despido colectivo (por aplicación de los artículos 122.2 y 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), tal protección deviene ineficaz e insuficiente” puesto que

“se limita a garantizar, que la trabajadora embarazada o en permiso de maternidad, si resulta injustificadamente despedida (por cualquier causa), será readmitida” mientras que como veremos en el análisis de la segunda tutela, y es efectivamente la que ha de ser aplicada en este caso, “de lo que se trata precisamente –según la norma comunitaria- es de prohibir la propia afectación”⁴²

Como ya hemos introducido con las palabras del magistrado, la segunda tutela a analizar es la tutela prohibitiva o *ex ante*, regulada en la ya conocida Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, sobre 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 el periodo de lactancia.

El artículo 10 de la Directiva 92/85, objeto de conflicto, obliga a todos los Estados miembros a tomar:

“las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el art.2, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”.

Esta tutela destaca por limitar su protección a dos instancias concretas, el embarazo y el permiso de maternidad, pero siendo su alcance más radical, al prohibirse la inclusión de cualquier mujer que se encuentre en dicho estado en un despido colectivo con la salvedad

⁴² AGUSTÍ MARAGALL, J. “La Prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos colectivos (“salvo caso excepcional””, *Revistas World*, núm. 127, 2012, p. 38-39 (versión digital).

de situaciones excepcionales. Estos casos excepcionales, los cuales ya han sido citados en más de una ocasión, son por ejemplo el cierre total de la actividad empresarial ya sea de la empresa en su conjunto o del centro de trabajo en el que se encontrase. Está constante referencia a situaciones excepcionales y recogida en el artículo 10 de la Directiva, también fue objeto de aclaración por parte de Sánchez Torres y Senra Biedma⁴³ los cuales afirmaron que “se protege a la mujer embarazada DURANTE el embarazo y no sólo frente a las decisiones empresariales BASADAS directamente en el embarazo”

Como puede observarse, la Directiva 92/85 pretende establecer no solo disposiciones que promuevan mejorar las condiciones de trabajo, sino que también brinda una protección especial a la mujer embarazada o que se halle en periodo de lactancia. Es por ello, que el magistrado Joan Agustí Maragall a pesar de concebir dicha directiva como proteccionista, afirma que en ningún caso habrá de interpretarse como anti-discriminatoria ya que

“ni su génesis, ni su objeto ni su regulación responden a esta finalidad, sino como claramente se establece en su título: a la promoción de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia”⁴⁴.

En cuanto a la aplicación de la Directiva comunitaria, el magistrado recurrió a una conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Jiménez Melgar⁴⁵, en la cual afirma que dicha Directiva “produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado”.

Sin embargo, previa aplicación de la Directiva debemos plantear si el saber del estado de embarazo de la mujer es *conditio sine qua non* para que opere la tutela prohibitiva. El artículo 2 de la Directiva 92/85 se entiende únicamente como mujer embarazada, y solo les serán aplicables a aquellas que “*comunique su estado al empresario, con arreglo a*

⁴³SÁNCHEZ TORRES, E. y SENRA BIEDMA, R., “Aspectos sustanciales y procesales de los despidos anti familiares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005, pg. 3 (versión digital).

⁴⁴ AGUSTÍ MARAGALL, J. La Prohibición de afectación ... *op. cit.* (FFJJ XVI)

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2001. Asunto C-438/99

las legislaciones y/o prácticas nacionales”. En definitiva, toda trabajadora que desee que le sea de aplicación la tutela recogida en la Directiva comunitaria ha de haber comunicado previamente su estado de gestación al empresario.

Planteada el recurso de súplica por parte de la entidad ACCD, la Sala de los Social considera respecto a las actoras embarazadas:

1. Una vez acreditada la existencia de indicios durante la tramitación del ERE de la afectación discriminatoria por su embarazo, determinada a partir de los porcentajes de afectación y la valoración conjunta de la prueba realizada por el magistrado de instancia.
2. Se activa la inversión de la carga de la prueba.
3. No siendo controvertida la causa, a la hora de individualizar la afectación, no ha quedado probado que sea indispensable, razonable y objetiva la afectación de las tres trabajadoras embarazadas (cada una respecto a su departamento y en comparación con el resto de trabajadores, algunos de ellos también en situaciones protegidas).

En base a todo ello, declara nulo los despidos recurridos por parte de las mujeres embarazadas.

3.2. LA OPINIÓN DE LA DOCTORA JENNIFER BEL ANTAKI.

A través de la Directiva 2006/54, el magistrado desarrolla una vía para la protección de la mujer embarazada, denominada “tutela anti-discriminatoria especialmente reforzada” por la cual, será suficiente con que la trabajadora embarazada demuestre su estado de gestación, así como el conocimiento del mismo por parte del empresario, para que se produzca una inversión de la carga de la prueba. Por último y en base al mismo, el empresario será quien demuestre que la afectación era inevitable respondiendo a razonabilidad, objetividad y proporcionalidad.

En cuanto al TSJ de Cataluña, a pesar de confirmar la nulidad de los despidos, omite la protección, exigiendo unos mínimos a la demandante para invertir la carga de la prueba, y que se haga efectiva la tutela prohibitiva.

Por último, la doctora Jennifer Bel Antaki, considera que la protección otorgada por la

Directiva 92/85, de acuerdo a nuestro Derecho, podría extenderse a aquellos casos que den lugar, asimismo, a la suspensión del contrato de trabajo. Estos casos serían los recogidos en el artículo 45.1.d) del ET como la baja por paternidad, adopción y acogimiento.

Como veremos en la sentencia objeto de estudio de este trabajo, el caso analizado previamente, no se opone en absoluto a la sentencia emitida recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el informe emitido por dicha institución se expone claramente que la mujer embarazada o periodo de lactancia puede ser incluida en cualquier despido colectivo, ya que no constituye un colectivo que goce de una prioridad o protección especial frente a otros, **siempre y cuando se produzca en situaciones excepcionales y por circunstancias no inherentes a su embarazo.**

4. ASUNTO C-103/16. Jessica Porrás Guisado/Bankia S.A

4.1. INTRODUCCIÓN DE LA ENTIDAD BANKIA.

Como es conocido en la historia de nuestro país, el año 2008 supuso el comienzo de la mayor crisis que sometería al mundo entero, afectando en mayor medida a países como España. Uno de los principales sectores afectados fue el bancario, el cual todavía muestra secuelas de aquel periodo de recesión.

La actual Bankia es el resultado de la mayor fusión de cajas de ahorro, con la conocida Caja Madrid a la cabeza. El 11 de junio de 2010, Caja Madrid anuncia la creación de la mayor Caja de España, formada e integrada por Caja Madrid, Bancaja, Caja de Canarias, Rioja, Ávila, Segovia y Laïetana. Sin embargo, tras su salida a bolsa, el año 2012 fue el declive total de la entidad bancaria. Bankia fue considerada como el núcleo central y el mayor problema de España. El coste total del rescate a las cajas fue de aproximadamente 61.500 millones de euros. Como decíamos, el caso de Bankia fue sin duda el más problemática y costoso, la cual tuvo que ser rescatada con 22.429 millones de euros del dinero público.

Una vez visto los antecedentes de una de las partes actoras en el caso, continuamos con la sentencia. Ante la crisis que inundaba a esta entidad bancaria, tanto el gobierno español como la Unión Europea tomaron medidas e impusieron una serie de condiciones si se

procedía a su rescate. La comisión europea llevo a cabo un plan de reestructuración, en el cual se impedía a Bankia llevar a cabo determinadas actividades como la financiación de la promoción inmobiliaria o de empresas, si deseaba recibir ayudas públicas. Una de las condiciones impuestas por Bruselas, la cual Bankia debía cumplir si deseaba ser rescatada y continuar con su actividad financiera fue el cierre de un determinado número de sucursales, acompañada del conocido Expediente de Regulación de Empleo.

El conocido despido colectivo llevado a cabo por la entidad costo un total de 4.500 trabajadores. Es en el marco de este despido colectivo donde se integra la demanda llevada a cabo por Jessica Porras Guisado, una mujer embarazada que se vio afectada por dicho despido colectivo.

El 9 de enero de 2013, la compañía Bankia S.A, comenzó las negociaciones pertinentes con los representantes de los trabajadores para proceder con el despido colectivo impuesto por la comisión europea. El 8 de febrero del mismo año, se llegó a un acuerdo entre la entidad y los representantes en el cual se imponían las condiciones y criterios que habían de ser aplicados para la selección de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo.

4.2. ACUERDO DEL DESPIDO COLECTIVO.

4.2.1. Acta del Acuerdo: Programa de Adhesión ⁴⁶.

De acuerdo con el informe publicado cabe comentar una serie de aspectos. Entre todos los apartados del presente acuerdo mencionaremos el programa de adhesión previsto por la empresa, así como el Anexo III, que bajo el título “Criterios de afectación de empleado. Marco de aplicación y desarrollo” recoge los criterios empleados para la selección de empleados que han de abandonar su puesto de trabajo, junto con el sistema diseñado para medir su rendimiento.

El primer apartado contiene todo lo relativo a las bajas indemnizadas, el cual se desglosa en primer lugar en el procedimiento y la retribución en caso de adhesión al programa de bajas indemnizadas propuesto por la entidad. En el mismo epígrafe se detallan los plazos

⁴⁶ “Acta de acuerdo de la comisión negociadora del periodo de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geografía y otras modificaciones a aplicar en Bankia, S.A.” 8 de febrero de 2013 (disponible en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bankiadefinitivo.pdf>)

establecidos para adherirse al mismo planteando por cada interesado la correspondiente propuesta, comenzando el 11 de febrero de 2013 y con una duración de 15 días naturales.

Las personas, cuya propuesta haya sido aceptada y cuya baja se produzca como consecuencia de dicha adhesión, sus indemnizaciones serán calculadas en base a:

- Personas mayores de 54 años a partir del 31/12/2013.

La indemnización se percibirá en un único pago, equivaliendo esta al 60% de la Retribución Total, multiplicando el número de año que existen entre la fecha de extinción de la relación laboral más dos años, y la fecha de cumplimiento de los 63 años, con un límite de 5 años.

- Persona con una edad inferior a 54 a partir del 31/12/2013.

La indemnización se compone:

- Importe equivalente a 30 días de retribución fija por año trabajado con el límite de 22 mensualidades.
- 2000 euros adicionales por cada año de trabajo completo.
- Importe según el siguiente cuadro:

Condición sobre años de prestación de servicios	Importe
< 5	4.000 €
≥ 5 y < 10	9.000 €
≥ 10 y < 15	14.000 €
≥ 15 y < 20	19.000 €
≥ 20	24.000 €

- Adicionalmente para aquellos que tengan 25 años o más de prestación de servicios.

Condición	Importe por año completo de servicio que supere los 25 años
Si retribución fija anual \leq 50.000 euros	5.000 €
Si retribución fija anual $>$ 50.000 euros	6.000 €

Finalizado el periodo de adhesión al programa de baja voluntaria, y en caso de que la empresa no haya alcanzado el mínimo necesario, la Entidad tendrá derecho a amortizar los puestos de trabajo que considere necesarios de acuerdo a los términos y criterios recogidos en el Anexo III “criterios de afectación de empleados”.

Asimismo, todas las personas que finalmente se hallen afectadas por el despido colectivo, podrán solicitar su inclusión a la Bolsa de Empleo creada por la entidad, la cual, junto con el Plan de Recolocación Externa, también de reciente creación, trataran de ofrecer al empleado durante el periodo de dieciocho meses, un puesto de trabajo de carácter indefinido o su reincorporación al mercado laboral.

Independientemente de todas las medidas adoptadas por la entidad, el cálculo de la indemnización de todos estos afectados será:

- Una primera cuantía en el instante de la extinción del contrato, equivalente al 25% de la Retribución Fija por año de servicio con el límite de 16 mensualidades.
- Una segunda cuantía, resultado de la suma de:
 - o La diferencia entre la primera cuantía y la correspondiente a 30 días de Retribución fija con el límite de 20 mensualidades calculada en el momento de extinción del contrato.
 - o Importe de 2000 euros por cada tres años completos de servicios, en el momento de extinción de la relación laboral.
 - o La percepción del anterior apartado, quedará supeditado al transcurso de un plazo de dieciocho meses, siempre y cuando la entidad no le hubiese ofrecido un trabajo de carácter indefinido ya sea directamente o por medio de la Bolsa de Empleo o el Plan de Recolocación.
- Esta retribución no podrá ser superior en ningún caso a la que corresponde por

haberse adherido al programa de adhesión voluntaria.

Como último matiz, existe una referencia a las personas discapacitadas, las cuales recordamos al igual que las embarazadas no gozan de prioridad preferente en ninguna empresa. Sin embargo, conforme al acuerdo alcanzado por los representantes se estipula que:

“En caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33% reconocida por los organismos competentes de cada Comunidad Autónoma y siempre y cuando exista amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional.”

4.2.2. Anexo III: Criterios de afectación de empleos. Marco de Aplicación y Desarrollo⁴⁷.

A continuación, analizaremos el siguiente documento de relevancia, el Anexo III denominado “Criterios de afectación de empleos. Marco de aplicación y desarrollo”. En este anexo como ya adelanté, se incluyen los criterios para la elección de los trabajadores afectados por el despido y la herramienta diseñada para valorar el desempeño de cada uno de ellos.

Al comienzo del documento se exponen los motivos y razones por las que se adopta el acuerdo. Como resulta obvio, la razón principal para llevar a cabo dichas medidas, es solucionar la negativa situación económica presentada por la Entidad, destinadas a paliar en la medida de lo posible las ineficiencias y mejorar su rentabilidad. Es más, el propio documento menciona el interés primordial de salvaguardar la vida de dicha compañía y dejando claro el objetivo más importante:

“La totalidad de las medidas persiguen la recuperación de la viabilidad empresarial de forma sólida y autónoma, no dependiente del apoyo público externo.”

Para alcanzar todos estos objetivos, y corregir todas las ineficiencias económicas, logrando así una mejora en la eficiencia empresarial, se enumeran resumidamente cuales son las medidas a adoptar.

⁴⁷ “Criterios de afectación de empleados. Marco de Aplicación y Desarrollo”. 8 de febrero de 2013 (disponible en <https://www.ccooservicios.es/archivos/bankia/TEXTO%20DEFINITIVO%20ANEXO%20III.pdf>)

1. Reducción del tamaño de la entidad y de la red de oficinas, al resultar excesivas de acuerdo a la demanda actual que presenta la compañía.
2. Mejorar la retribución del empleado (ingresos-gasto).
3. Mejorar el porcentaje de costes sobre ingresos, notoriamente inferior al de resto de compañías que actúan y con las que compite en el mismo sector.
4. Extinción de oficinas localizadas en lugares de escasa dimensión y cuyo rendimiento y rentabilidad es negativo.
5. Mejora en la productividad de todos los ámbitos, tanto en Banca de Particulares, Banca de Empresas, Banca Corporativa y resto de servicios centrales.

A. Criterios de Selección.

En primer lugar, comenzaremos con los criterios establecidos para seleccionar cuáles serán las oficinas que permanecerán abiertas y cuáles no, obedeciendo a la necesidad de mejorar considerablemente la eficiencia y rentabilidad de todas ellas.

Como criterios generales, se atenderá:

- Zonas geográficas: diferenciación entre las zonas naturales (mayor capacidad en cuanto a su gestión y por tanto menor necesidad de cierre) y los territorios en expansión.
- Criterios de población en provincias fuera del territorio natural.
- Aspectos financieros y sus correspondientes cuentas de resultados.

La selección de oficinas a cerrar, se basará fundamentalmente y como resulta evidente en sus resultados financieros, balance y rentabilidad, tomando en consideración tanto su zona de ubicación, su posición competitiva, coberturas, solapamientos y potencial de clientes, así como todos los aspectos relativos al local y a su tenencia. En definitiva y según los datos aportados, el cierre de oficinas se compone de aquellas localidades en las que la entidad renuncia a seguir presente, al cerrar la totalidad de las mismas, y aquellos puntos en los que mantiene su presencia con una o varias oficinas.

Todos aquellos empleados que se vean afectados por el cierre de sus correspondientes oficinas, tratarán de ser recolocados, para ello se realizará un análisis de la carga de trabajo media en el conjunto de oficinas que pervivan, y en base al mismo se reasignarán en función de la necesidad de recursos. Este análisis se denominará Índice de Carga de Trabajo por Oficina (IC).

B. Criterios de Afectación.

Los criterios propuestos en el acuerdo y que analizaremos brevemente son:

1. El ya mencionado, programa de adhesión por parte de los empleados. Como ya vimos en el primero apartado del acuerdo, habrán de proponer su adhesión cumpliendo con los plazos estipulados y una serie de reglas.
2. Deducidas las personas, cuya adhesión al programa haya sido aceptada por la Entidad, así como las que resulten de cubrir las necesidades originadas por la redistribución de la carga de trabajo, la Entidad procederá a la designación de las personas afectadas por salida forzosa de acuerdo a tres criterios, a saber:
 - a. Al perfil profesional.
 - b. La adecuación a los puestos de trabajo
 - c. Valoración personal realizada por la Entidad.

A continuación, los puntos tres y cuatro, responden a la libertad que se otorga a la comisión del acuerdo colectivo para conferir una protección especial y una prioridad de permanencia, a aquellos colectivos de trabajadores que ellos determinen conveniente. En el marco de este convenio colectivo, son: los matrimonios y los discapacitados.

3. En el caso de matrimonios o parejas de hecho, únicamente podrá afectarse a uno de los cónyuges en la selección, permitiéndose la movilidad geográfica para cumplirse tal requisito.
4. Las personas discapacitadas, también mencionadas anteriormente, que presenten una discapacidad superior al 33%, reconocida y acreditada por las autoridades competentes, cuando exista la posibilidad de amortización de su trabajo serán recolocadas atendiendo a su perfil profesional. Este caso, responde a lo ya visto sobre grupos que, sin gozar de prioridad o protección especial, se le podrá dotar

si así se estipula en el acuerdo pactada entre la Entidad y los representantes legales.

La distribución total resultante de trabajadores afectados son 3.700 de las oficinas territoriales y 800 procedentes de las zonas centrales, dejando así un total de 4.500 despidos, que en ningún caso la Entidad podrá sobrepasar durante la duración del procedimiento y que se extenderá hasta el 31/12/2015. A partir del 12 de abril se comenzó a aplicar un proceso para la valoración del perfil competencial dentro de la entidad. La herramienta diseñada permite la obtención de información fiable, imparcial y objetiva de los empleados, que permitirá tomar las decisiones oportunas, respetando los principios de Bankia en cuanto a integridad y profesionalidad.

La aplicación de estos criterios ha de comenzar mediante “la valoración de los comportamientos observables en el día a día”. Para una adecuada aplicación de los mismos, se ha procedido a la división en dos perfiles: perfil directivo y perfil del resto de trabajadores. Para cada uno de ellos se han diseñado una serie de competencias básicas de forma clara y sencilla, que han de ser valoradas de forma homogénea y de acuerdo a los mismos parámetros en todo el territorio.

	COMPETENCIAS	POTENCIAL
PERFIL DIRECTIVO	<ul style="list-style-type: none"> •VISIÓN DE NEGOCIO •ORIENTACIÓN A RESULTADOS •LIDERAZGO DE EQUIPOS •VOCACION POR EL CLIENTE •IMPACTO E INFLUENCIA •RESPONSABILIDAD 	<ul style="list-style-type: none"> •ASPIRACIÓN Y COMPROMISO •SOLVENCIA PROFESIONAL •CONFIANZA EN SÍ MISMO •AUTOCONOCIMIENTO •INTEGRIDAD
PERFIL RESTO DE PROFESIONALES	<ul style="list-style-type: none"> •SERVICIO AL CLIENTE •COMPROMISO •RENDIMIENTO •TRABAJO EN EQUIPO •POLIVALENCIA 	—

A continuación, se realizará una valoración del empleado comenzando con el grupo de los directivos, compuestos por: directores, directores de área, directores de negocio,

directores territoriales y directores de zona. Finalizada la valoración de este equipo se continua paulatinamente con el resto de la organización.

El motivo por el cual se ha de comenzar por el equipo gestor, es para conocer previamente cual es la concepción tienen del resto del colectivo, junto con entrevistas e información de dichos empleados. Todo ello acompañado por la valoración realizada de acuerdo a los criterios establecidos para este perfil (servicio al cliente, compromiso, rendimiento, trabajo en equipo).

Como método complementario, y que permite asegurar la fiabilidad de la información recabada, se contrata dicha información y se valida con los directores de las agrupaciones correspondientes;

- En la red de empresas territoriales, primero se contrastará con el director de zona o negocio y después con el director territorial o de empresa.
- En el caso de las zonas centrales, primero con el director de área y finalmente con el director de la agrupación.

Una vez obtenida toda esta información se someterá a una validación de la información, buscando ante todo que la información en virtud a la cual se seleccionará a los empleados para su salida forzosa sea en cuanto más fiable, objetiva y sin ningún tipo de sesgos.

Una vez analizado el acuerdo adoptado, a rasgos generales, resulta interesante y conveniente matizar que, no se hace referencia en ningún momento de todo el documento a las mujeres embarazadas. Si bien, esta matización será objeto de reflexión al final de este trabajo continuamos con el caso entre la trabajadora Jessica Porras Guisado y la entidad financiera Bankia S.A.

4.3. CASO DE BANKIA S.A. vs JESIICA PORRAS GUIADO.

La señora Porras fue una de las trabajadoras seleccionadas para la salida forzosa de la entidad, por ello el 13 de noviembre de 2013 recibió la carta en la que se le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo. En el momento de la notificación, la señora Porras se encontraba embarazada. Dicha carta exponía que, de acuerdo a la necesidad de su provincia, en la que ella prestaba sus servicios, debía llevarse a cabo un profundo ajuste

de plantilla, asimismo y conforme a los criterios ya analizados, la Señora Jessica Porras Guisado habría obtenido una valoración muy por debajo de la media, en concreto de 6 puntos, siendo por tanto seleccionada para el expediente de regulación de empleo. El mismo día de la notificación de su despido, 11.782,05 euros fueron ingresados en la cuenta de esta trabajadora en concepto de indemnización. Finalmente, de acuerdo a lo estipulado en el acuerdo de la comisión negociadora su despido comenzó el 10 de diciembre de 2013.

La Sra. Porras Guisado a raíz de su despido decide presentar el 3 de febrero de 2014 una demanda ante el Juzgado de lo Social nº1 de Mataró (Barcelona), impugnando así la decisión tomada por la entidad Bankia. Sin embargo, el Juzgado de lo Social termina por dar la razón a la entidad emitiendo así resolución favorable para Bankia el 25 de febrero de 2015.

Ante dicha sentencia, la trabajadora Jessica Porras, presenta un recurso de suplicación ante el órgano jurisdiccional. Por todo lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decide suspender el procedimiento y solicitar ante el Tribunal de Justicia de la Unión, que se le conteste a las siguientes cuestiones prejudiciales⁴⁸:

- a) *“¿Debe interpretarse el art.10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales”, en tanto que excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, es un supuesto no equiparable a “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” a que se refiere el art.1.1 a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, sino un supuesto más restringido?”*

- b) *“¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han*

⁴⁸ La remisión prejudicial, concede a los tribunales de los Estados miembros la posibilidad de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión cualquier cuestión sobre la interpretación del Derecho de la Unión, así como la validez de un acto. Resulta necesario matizar, que el Tribunal de Justicia no es el encargado de resolver el litigio sino los tribunales nacionales en consonancia con la decisión aportada por el Tribunal de Justicia. Esta decisión vinculará por igual a los demás tribunales nacionales que conozcan en un asunto similar.

dado a luz o en período de lactancia conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?”

c) “¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?”

d) “¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 una legislación, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia?”

5. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

La metodología empleada para llevar a cabo este epígrafe, así como las conclusiones, se estructura dando primero paso a las aportaciones del abogado general y consecutivamente las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al ser este el último en pronunciarse.

5.1. ABOGADA GENERAL.

Ante dichas cuestiones, tanto Bankia como el Gobierno español y la Comisión Europea presentaron el 26 de enero de 2017 sus correspondientes observaciones⁴⁹⁵⁰.

Según la entidad, Bankia, no cabe apreciar la admisibilidad de la petición prejudicial, puesto que la trabajadora no invocó la Directiva de maternidad cuando interpuso su

⁴⁹ SHARPSTON, E., “Conclusiones de la abogado general”, *InfoCuria. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 14 de septiembre de 2017. Asunto C-103/16.

⁵⁰ TJUE, “Las trabajadoras embarazadas pueden ser despedidas con motivo de un despido colectivo.” Comunicado de prensa n.º 15/18, 22 de febrero de 2018. (disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-02/cp180015es.pdf>)

demanda en el Juzgado de los Social nº1 de Mataró, y de acuerdo a las normas procesales españolas esta no podrá ser invocada en una fase posterior. Además, la entidad afirma que la Sra. Porras carece de cualquier tipo de legitimidad activa para interponer recurso contra los criterios acordados entre Bankia y los representantes de los trabajadores sobre la selección de los trabajadores.

No obstante, una vez formulados por la entidad estos dos argumentos, el Tribunal de Justicia considera “*que no es su responsabilidad comprobar si la resolución dirigida ha sido adoptada conforme a las normas de organización y procedimiento judicial de Derecho nacional*”. Por consiguiente, se admite a la petición de decisión prejudicial de la Sra. Porras Guisado.

En este caso, la entidad Bankia reitera de nuevo la inaplicabilidad de la directiva puesto que es condición indispensable la comunicación por parte de la trabajadora al empresario de su estado de embarazo, lo cual no lo hizo. Así lo afirma el artículo 2, letra a) de esta directiva que, expresamente para que quede incluida en su ámbito de aplicación, exige “que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. En la propia vista la empresa declaró su desconocimiento absoluto sobre el embarazo de la trabajadora en el momento de su despido, es decir se desconoce el momento exacto en la que la trabajadora informó de su estado.

Es competencia del órgano jurisdiccional nacional determinar con exactitud el momento en el que la Sra. Porras Guisado informó a la empresa de su embarazo. No obstante, el Tribunal de Justicia ha de colaborar y proporcionar orientación sobre la interpretación de la Directiva de Maternidad y, en el caso concreto, aclarar que sucede si una mujer embarazada no informa de su estado al empresario antes de que se produzca su despido, planteándose si cabría por tanto la aplicación del artículo 10 de esta Directiva.

El artículo 2 de la Directiva prohíbe rotundamente el despido de toda mujer embarazada. De la definición contenida en dicho artículo pueden desprenderse dos elementos. En primer lugar, se ha de estar embarazada y, en segundo lugar, es necesario que se haya informado al empresario del estado de embarazo de acuerdo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Ambos elementos han de darse simultáneamente para que tenga la consideración de trabajadora embarazada a efectos de esta Directiva. Sin embargo, y de

acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en la sentencia Danosa,⁵¹ se declaró que en el caso de ausencia del requisito de información lo siguiente:

“Si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva de maternidad interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10”

No obstante, y de acuerdo al asunto de Bankia, la Señora Porras Guisado desconocía de su estado y por tanto incapacitada de comunicar el mismo al empresario. Ante dicha situación de ambigüedad la Aboga General plantea dos posibles soluciones:

- La primera de ellas, corresponde con la aportada por la entidad Bankia y es “a menos de que una mujer embarazada informe de su embarazo al empresario y hasta ese momento, la prohibición de despido no es aplicable”. Según dicha afirmación se estaría concediendo una menor protección de la estipulada en el art. 10, puesto que, en caso de desconocimiento, dicha trabajadora estaría siendo desprovista de cualquier protección. En otras palabras, sólo se gozaría de la protección del artículo 10, aquella trabajadora que tuviere la suerte de conocer de su embarazo a tiempo para evitar su despido.
- La segunda solución, y la apoyada por la Comisión, constituye una interpretación más razonable, la cual consiste en extender la protección del artículo 10 durante el periodo comprendido desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad. Esta postura se inclinaría en favor de la trabajadora.

La protección recogida a favor de las mujeres embarazadas del artículo 10 y durante el periodo anteriormente dicho, ha sido razonada en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia, el cual entiende que:

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2019. C-232/09, apartado 55.

*“precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora en cinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha prevista esta protección especial para la mujer , estableciendo la prohibición de despido durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.”*⁵²

Sin embargo, una correcta interpretación iría acompañada de un límite al periodo recogido, en el cual el despido por parte del empresario queda completamente prohibido. En cambio, el artículo 10 no hace ninguna referencia, debiéndose entender que la trabajadora ha de informar de su estado tan pronto como sea posible.

En este apartado, iremos comentando la resolución llevada a cabo por la Abogada General sobre las diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por la Señora Jessica Porras, ante el órgano jurisdiccional remitente.

I. Primera Cuestión Prejudicial.

En esta cuestión el órgano jurisdiccional plantea sí la expresión recogida en el artículo 10 de la Directiva de Maternidad “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o practicas nacionales” ha de interpretarse de acuerdo al artículo 1 de la Directiva sobre despidos colectivos cuando dice “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”.

Tanto Bankia, como España y la Comisión responde afirmativamente. No obstante, la abogada general discrepa. Según su informe pueden extraerse las siguientes ideas en las cuales argumenta su opinión contraria al respecto.

- Relación entre la directiva de maternidad y la directiva sobre despidos colectivos.

La abogada general comienza aclarando el ámbito de aplicación de ambas directivas. La directiva de maternidad protege a toda mujer embarazada, que hayan dado a luz o que se

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2010. Asunto Danosa. “cit”. Apartado 60.

encuentren durante el periodo de lactancia, protegiendo su salud y seguridad de cualquier posible riesgo. Por el contrario, la directiva sobre despidos colectivos protege a todos los trabajadores que puedan estar sujetos a este tipo de despidos, y cuya protección es necesario intensificar.

La abogada general afirma que, ambas directivas se presentan como complementarias, y que toda mujer embarazada que sea despedida en el marco de un expediente de regulación, gozará de la protección que brindan ambas directivas conjuntamente, al poder integrarse en los colectivos a los que se destinan dichas regulaciones.

- Prohibición de despido de trabajadoras embarazadas en la Directiva de maternidad.

La Directiva de maternidad tiene como objetivo primordial fortalecer la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada en su trabajo. Por ello, el artículo 10 de la misma recoge la prohibición de su despido, evitando cualquier consecuencia perjudicial que pueda tener dicho despido sobre su salud psíquica y física.

La prohibición de despido recogida en el artículo 10 hace referencia a todo despido que tenga como razón de ser cualquier hecho relacionado con el embarazo. Sin embargo, el propio artículo prevé una excepción al mismo, a los que ya nos hemos referido anteriormente. Para que exista tal excepción han de cumplirse tres condiciones de carácter acumulativas. La primera de ellas, ha de darse en casos excepcionales no inherentes a su estado de embarazo. La segunda, el caso por el que se produce el mismo ha de estar admitido por las legislaciones y/o prácticas nacionales. En tercer y último lugar, la autoridad competente debe dar su aprobación.

Finalmente, en relación con esta directiva, es importante matizar que tanto la expresión “casos excepcionales” como “no inherentes” ha de interpretarse según el sentido dado por el Tribunal de la Unión. La primera expresión implica una interpretación estricta, entiendo como tal a situaciones inusuales y extraordinarias. Respecto a la segunda expresión, lo ya mencionado y es que la excepción ha de fundamentarse en causas diferentes al estado de embarazo de la trabajadora.

II. Segunda Cuestión Prejudicial.

En este caso, el órgano jurisdiccional plantea si la excepción recogida en el artículo 10 de la Directiva sobre maternidad, se ha de exigir que exista una absoluta imposibilidad de recolocación en otro puesto de trabajo. Como podemos observar esta cuestión prejudicial está estrechamente relacionada con la primera, sobre el alcance de la expresión “casos excepcionales.

En este caso la aportación de la abogada general es rotunda y escueta, afirmando categóricamente que en caso de que una:

“trabajadora embarazada pueda ser recolocada plausiblemente en otro puesto de trabajo en el contexto de un despido colectivo, la excepción a la prohibición de despido que figura en dicha disposición no será aplicable. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si éste es el caso.”⁵³

III. Tercera, Cuarta y Quinta cuestión prejudicial.

El motivo por el que aunamos estas tres cuestiones prejudiciales, es que en todas ellas el órgano jurisdiccional remitente solicita ante el Tribunal de Justicia la compatibilidad existente entre determinadas disposiciones del Derecho nacional con el Derecho de la Unión.

De acuerdo a diversa jurisprudencia, en concreto la sentencia del 18 de mayo de 2017, Lahorgue, en aquellos procedimientos del artículo 267 TFUE, no será competencia del Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad entre las normas de derecho interno con el derecho de la Unión. No obstante, el Tribunal podrá proporcionar todos los elementos necesarios para la interpretación del derecho de la Unión que permitan apreciar dichas compatibilidades con los respectivos derechos internos.

⁵³ Conclusiones de la abogada general. “cit.” Apartado 73.

- Tercera cuestión prejudicial.

En esta cuestión se plantea si el artículo 10 de la Directiva de maternidad impone la obligación a los estados miembros de ofrecer tanto una tutela preventiva, en la cual se protege a la trabajadora embarazada contra el despido ilegal; y la tutela reparativa, en la que se la protege ante las consecuencias si se produce tal despido ilegal.

En el caso del Derecho español, el órgano remitente, apunta que esta legislación sólo contiene la tutela reparativa. Sin embargo, considera que el artículo 10.1 hace referencia a la tutela preventiva; y es el apartado tercero del mismo artículo el que contiene y se refiere a la tutela reparativa.

Ante esta cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, la Abogada General plantea entonces, la siguiente pregunta,

“¿Satisface los requisitos previstos en los artículos 10, apartados 1 y 3, de la Directiva de maternidad una normativa nacional que ofrece protección contra las consecuencias de un despido ilegal (tutela reparativa) pero no establece ninguna disposición específica y distinta para la protección contra el propio despido ilegal (tutela preventiva)?⁵⁴

Como ya se ha mencionado, en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, el objetivo de la Directiva de maternidad es proteger tanto la seguridad como la salud de las trabajadoras embarazadas. No obstante, en este apartado se incide en los daños que un posible despido puede ocasionar a una trabajadora en dicho estado. La abogada incide en que el mero riesgo de ser despedida, la interrupción de carrera y el desempleo pueden provocar en la trabajadora en una situación de decepción, tensión e incertidumbre.

Las medidas previstas para proteger a una trabajadora embarazada parecen insuficientes puesto que, tras el periodo de litigio y a pesar de que se logre su recolocación, el pago de los sueldos atrasados o la concesión de una indemnización por daños y perjuicios no evitaran ni subsanaran los daños psíquicos y físicos posiblemente ya ocasionados.

⁵⁴ Conclusiones de la abogada general. “cit.” Apartado 80.

En relación con todo lo anterior, cabe citar la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Paquay, en la cual el tribunal interpretó

“habida cuenta de los objetivos perseguidos por la Directiva de maternidad y, más en concreto, de los perseguidos por su artículo 10, procede declarar que la prohibición de despido, durante el período de protección, de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia no se limita a la notificación de la decisión de despido. La protección que esa disposición confiere a estas trabajadoras 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 de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo»⁵⁵

De acuerdo con dicha interpretación, se entiende que el artículo 10 contiene dos requisitos, que se corresponden con el apartado primero y tercero. Toda legislación deberá abordar ambos requisitos, es decir ambas tutelas. A juicio de la abogada, la legislación española parece limitarse únicamente a establecer la nulidad del despido ilegal, y prevé solamente la tutela reparativa haciendo caso omiso a la exigencia sobre la tutela preventiva y no cumpliendo en primera instancia los requisitos exigidos por el artículo 10 de la Directiva.

- Cuarta cuestión prejudicial.

Aquí el órgano jurisdiccional lo que plantea es si el artículo 10 de la Directiva de maternidad impone la obligación a los Estados miembros a recoger una garantía que otorgue una prioridad de permanencia sobre las mujeres embarazadas ante un despido colectivo. Tanto Bankia como España y la Comisión responden negativamente. Esta cuestión ya la vimos al comienzo, declarando que la legislación referida a los despidos colectivos únicamente otorga una prioridad de permanencia a los representantes legales de los trabajadores.

Del mismo modo, la abogada general coincide con los órganos y declaró que el artículo 10 no impone por sí mismo la obligación a los Estados de otorgar una prioridad a las

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007, Paquay (C-460/06, EU:C:2007:601), apartado 33.

trabajadoras embarazadas en su legislación sobre despidos colectivos, es una potestad voluntaria que podrán hacer si así lo desean.

- Quinta cuestión prejudicial.

En la última cuestión el órgano pregunta si la carta de despido, con la que se comunica a la trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 10 apartado segundo de la Directiva de maternidad, aunque no se estén aportando más que los motivos que justifican el despido colectivo y no los motivos excepcionales.

Ante dicha cuestión la Comisión y España respondieron que sí, mientras que Bankia considera que basta simplemente con que se notifique su despido por escrito.

- a) La Directiva sobre despidos colectivos en su artículo 4 apartado 1, que hayan sido debidamente comunicados a la autoridad competente, surtirá efecto transcurridos treinta días desde su notificación y cumpliendo los requisitos previstos para el despido individual.
- b) La Directiva de maternidad en el artículo 10 apartado segundo, recoge que para que sea válido se ha de notificar por escrito y contenerse los motivos de su despido debidamente justificados.

De nuevo la excepción recogida en el artículo 10 de la Directiva de maternidad, prevé que la notificación de despido ha de contener una exposición clara y motivada de los hechos que alega el empresario para que la trabajadora embarazada despedida por razón de un despido colectivo responda al requisito de caso excepcional.

Aquella notificación que se limite únicamente a exponer los motivos generales del despido, y los criterios de selección sin referir cuales son las razones para incluir a una trabajadora embarazada en el mismo, no sería admisible.

No obstante, y a pesar de que nuestro caso parece incluirse en lo explicado previamente, cabe preguntarse ¿Qué ocurre si el empresario conoce el estado de la trabajadora una vez notificado el despido?

La abogada general contesta explicando según su criterio el adecuado proceder del empresario ante dicha situación, en el cual deberá revisar de nuevo el despido al conocer las nuevas circunstancias según lo establecido en el conocido artículo 10 de la Directiva de maternidad. En caso de que una vez analizada el empresario considere que el despido obedece a razones de situaciones excepcionales podrá prevalecer el mismo, emitiendo un nuevo preaviso que cumpla con lo establecido en el artículo 10 apartado segundo de la Directiva.

En definitiva, en caso de proceder el despido este deberá cumplirse lo exigido en el artículo 10 apartado segundo, debiendo hacer por escrito y exponiéndose los motivos excepcionales que justifican el despido de una trabajadora embarazada. Será competencia del órgano jurisdiccional nacional apreciar si se cumplen dichos requisitos y la validez del despido.

5.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

I. Primera cuestión prejudicial.

Como ya se ha mencionado, la primera cuestión plantea la relación de las expresiones recogidas en el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 sobre la maternidad y la del artículo 1.1 de la Directiva 98/59 de despido colectivo.

A continuación, el Tribunal enuncia lo mencionado en cada una de los artículos de las respectivas Directivas, que en nuestro caso ya mencionamos en el epígrafe anterior.

Entonces, una vez enunciados los mismos, el Tribunal afirma que una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se encuentre durante el periodo de lactancia, y que haya sido despedida como consecuencia de un despido colectivo, gozará de la protección que le brindan ambas Directivas. La razón de todo ello es que tanto su condición o estado como el tipo de despido, que permiten su inclusión en el colectivo de

trabajadores que se busca proteger en estas Directivas. El tribunal coincide, por tanto, con las conclusiones de la abogada general en este aspecto al decir: “Siendo esta su condición, debe poder ampararse en los derechos establecidos simultáneamente en ambas Directivas, los cuales son complementarios.”

En cuanto a la aplicación combinada de ambas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (órgano jurisdiccional remitente) pregunta si el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 se opone a la permisión de incluir a una mujer embarazada en un despido colectivo, tal y como prevé el artículo 1.1 de la Directiva 98/59.

El tribunal procede a recordar entonces que, ante el riesgo tanto psíquico como físico que un despido puede llegar a ocasionar en la mujer embarazada, se recoge en el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 una absoluta prohibición de despido a este colectivo cuando este motivado por circunstancias inherentes a su estado. No obstante, apunta el Tribunal, será lícito y por ende no contrario al art. 10.1 de la misma Directiva, un despido durante el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de lactancia cuando los motivos del mismo no estén relacionados con el embarazo, y siempre que el empresario cumpla con las formalidades del art.10.2 de la Directiva 92/85. Para refutar dicha afirmación el Tribunal se apoya en la jurisprudencia recogida en la sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa.

Con todo ello, el Tribuna responde ante la primera cuestión planteada por el órgano remitente, concluyendo que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 no se opone a aquella normativa nacional que permita el despido de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, tal y como dice el art.1.1.a. de la Directiva 98/59.

II. Segunda y Cuarta Cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia decide plantear y responde a ambas cuestiones de forma conjunta. En ellas se plantea de forma sintetizada si el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 ha de interpretarse como contrario a toda legislación nacional, en la cual no se otorgue una prioridad de permanencia ni una prioridad de recolocación en el marco de un despido colectivo de la Directiva 98/59 a las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

El artículo 10.1 de la Directiva 92/85 contiene la expresión “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias”, que prohíba el despido de dicho colectivo, salvo en las situaciones de excepción previstas en el mismo.

En cuanto a la prioridad de permanencia, el Tribunal al igual que la abogada general aluden a la legislación española y, como vimos en el primer epígrafe del trabajo, nuestro ordenamiento únicamente otorga dicho privilegio a los representantes legales de los trabajadores. Sin embargo, dicha prioridad de permanencia no impide que en el marco de un despido colectivo estos representantes sean despedidos, siempre y cuando el empresario aporte las justificaciones excepcionales, distintas a las que motivan el despido colectivo. Tanto los discapacitados como las trabajadoras embarazadas son dos colectivos que solo gozarán del mismo si así se dispuso en el acuerdo colectivo adoptado.

Por consiguiente, el Tribunal responde a las cuestiones segunda y cuarta, aclarando que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 no se opone a aquellas legislaciones que otorguen prioridad de permanencia ni de recolocación en la empresa para la mujer embarazada. Será facultad de los estados miembros prever dicha protección.

III. Tercera Cuestión Prejudicial.

Recordamos que en ella el órgano remitente vuelve a cuestionar sobre la interpretación del artículo 10.1 de la Directiva 92/85, y en concreto, sobre si esta ha de oponerse a cualquier normativa que no establezca con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, sino que únicamente recoge, la nulidad del mismo, una vez que se haya producido y sus formas de reparación.

El artículo 288 del TFUE, impone la obligación a todos los estados miembros de trasponer sus directivas a sus respectivas legislaciones, garantizando la plena eficacia de las mismas. Para llevar a cabo esta función los estados disponen de un amplio margen de actuación en cuanto a los procedimientos, formas etc. Sin embargo, ante todo ha de primar y salvaguardar la plena eficacia del objetivo de dicha directiva.

El apartado primero del artículo 10 dispone la expresa prohibición de despido a cualquier trabajadora embarazada. Asimismo, esta prohibición se encuentra reforzada en el apartado tercero en el que se permite a los Estados adoptar las medidas que consideren convenientes para impedir el despido ilegal de estas trabajadoras.

Por tanto, el propio artículo 10 otorga una protección en dos momentos distintos. La primera, con carácter preventivo, para evitar que se produzca el despido. El segundo momento, de forma posterior, la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación.

Ya se han mencionado en distintas ocasiones los importantes riesgos que un despido puede llegar a ocasionar en una trabajadora embarazada, es por ello que esta directiva busca preservar y protegerlas de dichos daños. En esta cuestión el Tribunal vuelve a ponerlos en alza para recordar y concluir que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido que, se opondrá a toda normativa que no impida el despido de una mujer embarazada, haya dado a luz o en periodo de lactancia; y limitándose simplemente a garantizar su protección ante las consecuencias que se puedan derivar una vez se produzca el mismo.

IV. Quinta Cuestión Prejudicial.

En esta cuestión se examinará si el artículo 10.2 de la Directiva 92/85 se opone a cualquier legislación que permita al empresario despedir a una trabajadora embarazada alegando únicamente los motivos que justifican el despido colectivo, sin mencionar la circunstancia excepcional que ha de concurrir.

En consonancia tanto con el artículo 10.2 de la Directiva 92/85 como del artículo 1.1 de la Directiva 98/59, el empresario deberá comunicar por escrito a la trabajadora embarazada los motivos, los cuales recordamos, para que sea válido han de ser no inherentes a la persona y que justifiquen su decisión de despido. Estos despidos pueden ser de carácter económico, técnico, organizativos o de producción de la empresa.

De este modo, el Tribunal responde a la quinta cuestión diciendo, que el artículo 10.2 de la Directiva 92/85 ha de interpretarse de manera que, no se opone a aquellas legislaciones nacionales en las que el empresario podrá justificar el despido de una trabajadora embarazada, empleando los argumentos que motivan el despido colectivo. Siempre y cuando, el empresario aporte junto con ellos, los criterios objetivos utilizados para la designación de todos los empleados afectados.

6. CONCLUSIONES.

6.1. CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL.

En el escrito de la Abogada General⁵⁶, y tras realizar un análisis, de cómo según su juicio se ha de proceder y contestar⁵⁷, recomienda al Tribunal de Justicia que responda a cada cuestión prejudicial de la siguiente manera.

- 1) La excepción recogida en el artículo 10 apartado primero, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 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, en el cual se permite en su despido, no ha de interpretarse ni guarda conexión directa con la expresión “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” comprendida en el artículo 1, apartado primero de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Será el órgano jurisdiccional nacional el responsable de apreciar si tal “caso excepcional” ha de interpretarse y tiene cabida en el sentido de la primera disposición de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos.

⁵⁶ Conclusiones de la abogada general. “cit.” Apartado 106.

⁵⁷ Las conclusiones elaboradas por la Abogada General no vinculan en ningún caso al Tribunal de Justicia. Únicamente aporta, según su parecer, la solución jurídica más adecuada al caso concreto. Una vez realizadas, el Tribunal de Justicia comienza a deliberar sobre el mismo, dando sentencia posteriormente.

- 2) En el marco de un despido colectivo, no será de aplicación en ningún caso la excepción a la prohibición de despido del artículo 10, apartado primero, de la Directiva 92/85 cuando exista posibilidad de recolocación de la trabajadora embarazada en otro puesto de trabajo. De nuevo, será competencia del órgano jurisdiccional comprobar si es el caso.
- 3) La Directiva 92/85 impone de manera clara y firme dos obligaciones a los Estados miembros. La primera, recogida en el apartado primero del artículo, y es prever la protección necesaria para toda trabajadora embarazada ante el despido. La segunda, se corresponde con el apartado tercero del mismo artículo, el cual consiste en que, si a pesar de la prohibición de despido este acabara produciéndose, se deberán establecer medidas para la protección de la trabajadora ante las consecuencias que se deriven del mismo.
- 4) La Directiva 92/85 no impone la obligación a los Estados miembros de otorgar prioridad alguna de permanencia a las trabajadoras embarazadas ante un despido colectivo. Sin embargo, tampoco se prohíbe que los Estados, bajo su propia autonomía, sí así lo desean les otorguen tal protección.
- 5) El preaviso en caso de despido a una trabajadora embarazada habrá de cumplir los requisitos previstos en el artículo 10, apartado segundo, por el cual, deberá realizarse por escrito y notificarse cuales son las circunstancias no inherentes a su estado que motivan su despido. En este caso, volverá a ser competencia del órgano jurisdiccional garantizar que se hayan cumplidos con ambos requerimientos.

6.2. EL TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

En virtud tanto del informe emitido por la Abogada General, el cual tienen en consideración, así como en base a sus propios análisis y respuestas ante las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara⁵⁸:

- 1) El artículo 10, punto primero, de la Directiva 92/85 ha de interpretarse de tal manera que no se opondrá a aquellas normativas que permitan el despido de una mujer embarazada en relación con un despido colectivo, según lo establecido en el artículo 1 apartado 1, letra a) de la Directiva 98/59.
- 2) En cuanto al artículo 10, apartado segundo, de la Directiva 92/85, permite que el despido de una trabajadora embarazada este motivado bajo las mismas razones que justifican el despido colectivo, y bajo la condición que se indiquen junto con ellos, los criterios objetivos empleados para elegir a los trabajadores.
- 3) Por otro lado, el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 se opone a cualquier normativa estatal que no prohíba, de forma preventiva, el despido de toda trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que únicamente se proteja desde una visión reparadora la nulidad del despido.
- 4) Por contrario, el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 no es contraria a aquellas legislaciones en las que no se le otorgue una prioridad de permanencia ni de recolocación en la empresa a las trabajadoras embarazadas, con motivo de un despido colectivo. Constituye una potestad exclusiva de los Estados dispensar tal protección.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. C-103/16. “cit.” Apartado 75.

6.3. CONCLUSIONES: Libertad de empresa y poder del empresario vs. Principio Igualdad y no Discriminación.

El trabajo, objeto de estudio, comprende a su vez un tema muy debatido y en el que se contraponen dos derechos de gran sensibilidad: la libertad de empresa y la prohibición de discriminación en el empleo.

Ambos derechos se encuentran amparados en nuestra norma suprema, la Constitución española de 1978 (en adelante CE)⁵⁹:

- El artículo 38 CE recoge concretamente:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Por su parte, el principio de igualdad y no discriminación cuenta con un gran respaldo constitucional, al constituirse como derechos fundamentales, recogidas respectivamente:

- El artículo 1 CE:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.”

⁵⁹ Constitución española de 1978, (BOE 29 de diciembre de 1978).

- El artículo 9.2 CE:

“consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”

- Finalmente, como derecho fundamental, se encuentra en el artículo 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”

Sin embargo, antes de continuar con el tema que tratamos, conviene distinguir entre el principio de igualdad y no discriminación, que afectará en ámbito laboral. La prohibición de no discriminación se impone tanto a poderes públicos como privados, es decir, el empleador en el ejercicio de su poder de dirección y organización ha de respetarlo en todo momento. Por otro lado, el principio de igualdad, cuenta con una serie de matizaciones, según su ámbito de aplicación, véase en el marco de un convenio colectivo este principio ha de ser compatible con el principio de la autonomía de la voluntad y de la autonomía colectiva.⁶⁰

Aunque ambos principios son indispensables para asegurar una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, resulta insuficiente en la práctica. La catedrática de derecho del trabajo y de la Seguridad Social Magdalena Nogueira Gustavino, afirma en su estudio sobre el tema como

“La experiencia ha demostrado que esta desigualdad entre sexos radica, en los roles que tradicionalmente han venido desempeñando los hombres y las mujeres, con una distribución desigual de tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas, en todos los ámbitos de la vida y cuyo resultado ha sido el de que las mujeres no

⁶⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales* 2012, pg. 19-52.

hayan disfrutado de la educación, formación, posibilidades de trabajo, etc., en la misma medida que los hombres al estar su destino pre configurado política y socialmente en otra dirección (atención de la casa, del marido y de la familia).”

Esta acertada reflexión, supone una realidad que ha sido y sigue siendo un problema para el desarrollo y evolución de la sociedad⁶¹. La lucha contra la determinación de papeles, en el ámbito familiar, y la inversión de roles, ha de ser conseguido por medio de derechos, que la autora denomina, “desigual igualatorio”. Entre las distintas soluciones que han de barajarse se plantean medidas de impulso y promoción, dentro de las denominadas acciones positivas siendo las más comunes las acciones exclusivas de formación, subvenciones, medidas de fomento en general, existen algunas, como los distintos sistemas de cuotas o de reservas rígidas de puestos o de trato preferente frente al otro sexo.

Como decimos, todas estas medidas buscan la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, que durante tantas décadas se ha venido persiguiendo. Ahora bien, y volviendo al fondo del asunto, el problema radica como dicho principio y derecho a la igualdad colisiona con el poder y libertad del empresario, ya enunciado. Anteriormente, ya se apuntaba como el principio de igualdad ha de convivir junto con otros valores, como la autonomía de la voluntad.

Resulta evidente, y así lo reitera la regulación legal que lo acompaña, que el empresario es titular de la facultad de decidir sobre la contratación y viceversa, de los trabajadores necesarios para la ejecución de su proyecto empresarial.⁶² Sin embargo, este poder de dirección se acompaña de una serie de límites, las cuales se encuentran prestablecidos tanto por ley, como convenio colectivo y jurisprudencia⁶³. Respecto a los anteriores principios, el empleador debe una igualdad de trato y no discriminación a sus trabajadores. Las ordenes que emanen de él no han de ser injustas o arbitrarias, ni ser lesivas de derechos, siempre sustentándose en la legitimidad. Han de imponerse como

⁶¹ VENTURA, T. E. “Constitución y Derecho del trabajo (1981-1991)”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1(2), 1993, pg. 689-702.

⁶² CÁMARA BOTÍA, A. “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33, 2001, pg. 75-98.

⁶³ HERNÁNDEZ RUEDA, L. “Poder de dirección del empleador”, de BUEN LOZANO, N., y MORGADO VALENZUELA, E., *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Serie G: Estudios Doctrinales, 1997, Pg. 405-409.

máximas, el respeto del empleador a la integridad física, intimidad y a la dignidad de la persona.

Ahora bien, dentro de dichas limitaciones, el empleador estará facultado para introducir y adoptar las medidas que sean necesarias para la correcta gestión del negocio, y atendiendo a criterios y razones objetivos. Esta facultad se encuentra apoyado por el propio principio de igualdad, según el cual, el trato desigual no estaría prohibido siempre que esté basado en una causa objetiva y razonable, dentro de los criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

De acuerdo a todo lo visto y analizado a lo largo de este trabajo, y en especial a la resolución aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y al estudio sobre la relación y compatibilidad entre el poder de empresa y el derecho a la igualdad y no discriminación, concluyo que:

1. En cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres tan exigida reiteradamente por la sociedad, resulta obvio entender que toda mujer puede ser incluida en el marco de un despido colectivo. En concreto, las mujeres embarazadas, podrán formar parte del mismo, siempre y cuando su inclusión no responda a razones inherentes a su estado, según el art. 10.1 de la Directiva 98/59, es decir que no se produzca una discriminación, empleando el embarazo como factor de diferenciación que está completamente rechazado por nuestro ordenamiento y por la normativa comunitaria. Asimismo, habrán de cumplimentarse todas las cuestiones formales, en cuanto a la comunicación de los criterios objetivos empleados por el empresario para la elección de los trabajadores que, integrarán el despido colectivo.
2. En conexión con todo lo anterior y de acuerdo al mismo, el empresario, en el ejercicio de las potestades que le han sido conferidas para dirigir la empresa, podrá abarcar al colectivo de mujeres embarazadas, aportando razones objetivas correspondientes.
3. Es importante matizar que existen colectivos, igual de sensibles como las trabajadoras embarazadas, que carecen de una prioridad de permanencia, y por

ende sin protección especial, siendo susceptibles de despido por motivo de un expediente de regulación de empleo, como son los discapacitados. Será decisión de la comisión del acuerdo colectivo, dotar de una protección preferente a dichos grupos de trabajadores, en virtud del artículo 10.1 de la Directiva 98/59, y no una imposición legal. Así queda determinado en la cuarta cuestión prejudicial, planteado por el órgano remitente, en relación al asunto de Jessica Porras.

7. Bibliografía

- **Legislación:**

- Constitución Española de 1978, (BOE 29 de diciembre de 1978)
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, Ginebra, núm. 158.
- Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio. LCEur 1998\2531, de Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DOUE 28 de noviembre de 1992)
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, RCL 2011\1518, de Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Reforma de pensiones (BOE 5 de octubre 2011).
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).
- Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 30 de octubre de 2012).

- **Jurisprudencia:**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de enero 4042/2006.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 3 de marzo 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de marzo 2014, recurso de casación núm. 158/2013.
- Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015, sobre el asunto Rabal Cañas. Asunto C-392/13,
- Sentencia del TJUE 30 de abril de 2015, USDAW y Wilson. Asunto C-80/14.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, (Sala de lo Social) de 16 de marzo de 1992. Recurso de suplicación 107/1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 4 de febrero 2002. Recurso de casación 2620/1996
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona nº 33, de 17 de diciembre de 339/2013. Recurso número 679/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 1, de 29 de noviembre 7833/2013. Recurso número 2718/2013.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 138/2013, de 28 de junio (Ponente Ilma. Sra. Dª Mª Carolina San Martín Mazzucconi, caso Panda Security). (FFJJ Quinto).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2001. Asunto C-438/99
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2019. C-232/09, apartado 55.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007, Paquay (C-460/06, EU:C:2007:601), apartado 33.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 22 de febrero de 2018. Asunto C-103/16

- **Obras Doctrinales:**

- AA.VV., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996.
- “Acta de acuerdo de la comisión negociadora del periodo de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geografía y otras modificaciones a aplicar en Bankia, S.A.” 8 de febrero de 2013 (disponible en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bankiade definitivo.pdf>)
- AGUSTÍ MARAGALL, J. “La Prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos colectivos (“salvo caso excepcional””, *Revistas World*, núm. 127, 2012.
- ANTAKI, J.B., “¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?”, 2014.
- ASA LÓPEZ, A.: “El juez europeo matiza el significado y alcance de la normativa española del despido colectivo en materia de unidad espacial de referencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2015,
- BASTERRA HERNANDEZ, M. “El centro de trabajo como unidad de referencia para el cómputo de los despidos colectivos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017.
- BLASCO PELLICER, A. *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009,
- CÁMARA BOTÍA, A. “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33, 2001
- CASTAÑO, C., IGLESIAS, C., MAÑAS, E., & SÁNCHEZ, M. *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*. Colección Estudios, 1999.
- CASTRO, J. G. “Régimen jurídico del despido colectivo”, *Derecho: revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, 2013.
- “Criterios de afectación de empleados. Marco de Aplicación y Desarrollo”. 8 de febrero de 2013 (disponible en <https://www.ccooservicios.es/archivos/bankia/TEXTO%20DEFINITIVO%20ANEXO%20III.pdf>)

- GÓMEZ ABELLEIRA, F. “Empresa, centro de trabajo y despido colectivo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2015, 2015.
- GONZÁLEZ POSADA, E. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, AL, núm. 23, 1995.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. "La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad." *Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014.
- HERNÁNDEZ RUEDA, L. “Poder de dirección del empleador”, de BUEN LOZANO, N., y MORGADO VALENZUELA, E., *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Serie G: Estudios Doctrinales, 1997
- ÍÑIGUEZ, L., ORTEGA, M. & HERRERO, F., “La discriminación de la mujer en el mundo laboral”, *Jornades de Foment de la Investigació. Universitat Jaume*, 2009
(disponible en http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/77766/forum_2009_34.pdf; última consulta 10/04/2018).
- LASA LÓPEZ, A.: “El juez europeo matiza el significado y alcance de la normativa española del despido colectivo en materia de unidad espacial de referencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2015.
- LOMBARDO, E. *La europeización de la política española de igualdad de género*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R. *Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en Reforma de la legislación Laboral*. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ MORENO, C. “Despidos colectivos”, GARCÍA MURCIA, J (coord.) *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*; Ministerio de Trabajo, 2005.
- MOLERO MANGLANO; PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO. *La Reforma de los Expedientes de Regulación de Empleo*, Tirant lo Blanch, 2012.
- NAVARRO NIETO, F. “Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, 2013.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2012,
- OTO, P. C. "La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo/The policy of conciliation between work and family life in the collective bargaining. An aspect of European Employment Strategy." *Cuadernos de relaciones laborales*, 2005.
- POQUET CATALÁ, R. “Últimos perfiles para el criterio temporal y cuantitativo del despido colectivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.
- SÁNCHEZ TORRES, E. y SENRA BIEDMA, R., “Aspectos sustanciales y procesales de los despidos anti familiares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005
- SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y. y FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. “Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59 CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales”, *Revista española de Derecho de Trabajo*, núm. 194, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A. “Reglamentación del despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi/Thomson Reuters, 2012.
- SHARPSTON, E., “Conclusiones de la abogado general”, *InfoCuria. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 14 de septiembre de 2017. Asunto C-103/16.
- TJUE, “Las trabajadoras embarazadas pueden ser despedidas con motivo de un despido colectivo.” Comunicado de prensa n.º 15/18, 22 de febrero de 2018. (disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-02/cp180015es.pdf>)
- VENTURA, T. E. “Constitución y Derecho del trabajo (1981-1991)”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1(2), 1993

