

## Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela «preventiva» es insuficiente

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16](#)

**José Antonio Fernández Avilés**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada*

### 1. MARCO LEGAL APLICADO

La sentencia es fruto de una petición de decisión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con arreglo al artículo 267 del [Tratado de funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña mediante Auto de 20 de enero de 2016, y tiene por objeto la interpretación de los siguientes preceptos:

- Del derecho de la Unión:
  - El artículo 10, puntos 1 y 2, de la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992](#), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DO 1992, L 348).
  - El artículo 1, apartado 1, letra a), de la [Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO 1998, L 225).
- Del derecho español:
  - Los artículos 51, 52, 53, 55, apartados 5 y 6, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido que fue aprobado por el [RDleg. 1/1995, de 24 de marzo](#) –BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995–), en su versión aplicable cuando se produjeron los hechos del litigio principal.

- El artículo 13 del [Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre](#), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012).
- El artículo 122, apartado 2, de la [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011), en su versión aplicable cuando se produjeron los hechos del litigio principal.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

El 9 de enero de 2013 la empresa Bankia inició un periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores (secciones sindicales de CCOO, UGT, ACCAM, SATE y CSICA) con el fin de proceder a un despido colectivo. El 8 de febrero de 2013 la comisión negociadora alcanzó el correspondiente acuerdo en periodo de consulta-negociación. En dicho acuerdo se trataba, entre otros extremos, del despido colectivo que se pretendía efectuar, así como otras medidas reorganizativas, como la modificación de las condiciones de trabajo y de la movilidad funcional y geográfica. Según el acta de dicho acuerdo, para la determinación de las personas afectadas por la decisión de extinción tomada directamente por la empresa, se tendría en cuenta «la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto del perfil competencial, indicadores de potencial»; asimismo, se establecía una serie de criterios de prioridad de permanencia (matrimonios o parejas de hecho, para los que el despido colectivo solo podría afectar a uno de los cónyuges; empleados con discapacidad).

Con base en la valoración realizada por la empresa y en los criterios del acuerdo, el 13 de noviembre de 2013, Bankia notificó a la señora Porras Guisado (con antigüedad desde el 18 de abril de 2006) su carta de despido, indicándole que –dada su baja puntuación– se había decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10 de diciembre de 2013, así como que se ponía a disposición de la trabajadora una indemnización en concepto de despido.

La señora Porras Guisado estaba embarazada en el momento en que se produjo su despido. Presentó papeleta de conciliación, el 9 de enero de 2014, sin que se llegase a un acuerdo. El 3 de febrero de 2014 la señora Porras Guisado impugnó el despido mediante demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró (Barcelona), que desestimó la demanda mediante Sentencia de 25 de febrero de 2015. Una vez recurrida dicha sentencia en suplicación, el TSJ de Cataluña tramita la petición de cuestión prejudicial en el ámbito del litigio planteado entre la señora Porras Guisado, por una parte, y su empleadora –Bankia–, diferentes secciones sindicales de la empresa y el Fondo de Garantía Salarial, por otra parte, relativo a la legalidad del despido de la señora Porras Guisado, al estar embarazada la trabajadora, efectuado en el marco de un despido colectivo.

### 3. DOCTRINA JUDICIAL APLICADA

Con base en las circunstancias descritas precedentemente, el TSJ de Cataluña decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales, cuya resolución pasamos a desglosar, con sus correlativas respuestas.

#### 3.1. *Sobre la equiparación de los «casos excepcionales no inherentes a su estado» –Directiva 92/85– a «uno o varios motivos no inherentes a la persona» –Directiva 98/59–*

La primera cuestión prejudicial se formula en los siguientes términos: ¿Debe interpretarse el artículo 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 periodo 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 artículo 1.1 a) de la [Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998](#), sino un supuesto más restringido?

Para la solución de esta cuestión, el TJUE parte de la consideración de que debe realizarse una aplicación combinada de ambas directivas, pues tanto en su condición de trabajadora embarazada como afectada por un despido colectivo, debe poder ampararse simultáneamente en los derechos establecidos en ambas directivas, los cuales califica de «complementarios». En relación con esta aplicación combinada, el TJUE recuerda que, como se desprende del considerando decimoquinto de la [Directiva 92/85](#), la prohibición de despido –establecida en el art. 10, punto 1– tiene la finalidad de evitar las consecuencias perjudiciales que puede tener sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado. Precisamente, señala que en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha previsto una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, «salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido». Por lo tanto, el TJUE establece que, «en caso de que la decisión de despido se haya tomado por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada, tal decisión es incompatible con la prohibición de despido» establecida en el artículo 10 de dicha directiva (con cita de la [Sentencia de 11 de noviembre de 2010, asunto Danosa, C-232/09](#)). En cambio, una decisión de despido durante el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no será contrario al citado artículo 10, a condición, no obstante, de que el empresario comunique por escrito motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, puntos 1 y 2, de la [Directiva 92/85](#). Por consiguiente:

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

La respuesta es contundente, el artículo 10, punto 1, de la [Directiva 92/85](#) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo (en el sentido del art. 1, apdo. 1, letra a), [Directiva 98/59](#)).

Por lo tanto, no opera un blindaje de «estabilidad real» para las trabajadoras embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia, en casos excepcionales no inherentes a su estado, siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido, al igual que debe justificarse en el caso del despido colectivo, tal como lo contempla nuestro ordenamiento jurídico (*cf.* arts. [51.4](#) y [53.1 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–). Y ello sin tener que esgrimir ninguna justificación adicional en consonancia con la situación de embarazo de la empleada afectada. Por consiguiente, no se despliega aquí la «tutela objetiva y automática» que prevén los artículos [53.4 b\)](#) y [55.5 b\) 2.º del ET](#) (*cf.* Sentencias del Tribunal Constitucional [124/2009](#) y [92/2008](#)), pues ya tendríamos una causa que actuaría como excepción a la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada.

### *3.2. Sobre la posible obligación de especificar en la carta de despido el «supuesto excepcional» que enervaría la operatividad de la prohibición del despido de la trabajadora embarazada*

La existencia de esta hipotética exigencia derivada del derecho de la Unión se consulta por el tribunal nacional –en su quinta cuestión– de la siguiente manera: ¿A los efectos del apartado 2 del artículo 10 de la [Directiva 92/85](#), es conforme una normativa nacional que considera suficiente una carta de despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva?

El tenor del artículo 10, punto 2, de la [Directiva 92/85](#), reza que, cuando se despida a una trabajadora durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, «el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito». De este modo, el TJUE considera que el empresario debe exponer por escrito a la trabajadora embarazada que pretende despedir o que ya ha despedido los motivos, no inherentes a la persona de la trabajadora, por los que efectúa un despido colectivo; motivos que pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa. Además, corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

Así pues, el TJUE procede a responder a la quinta cuestión prejudicial señalando que el artículo 10, punto 2, de la [Directiva 92/85](#) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una

normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo «sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido». Por lo tanto, no hay base —en el derecho de la Unión— para la exigencia de una tutela específica reforzada *ex interim*, en cuanto a la justificación causal incorporada a la carta de despido, de la trabajadora embarazada incurso en un despido colectivo.

### 3.3. *Sobre el modo de incorporar prohibición de despido —tutela «preventiva»— de la trabajadora embarazada*

Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano judicial interno pregunta lo siguiente: ¿Es conforme al artículo 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 periodo 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)?

Al respecto, el TJUE aclara preliminarmente que, al trasponer una directiva, los Estados miembros están obligados a garantizar la plena eficacia de esta, a la vez que disponen —*ex art. 288 TFUE*— de un amplio margen de apreciación respecto de la selección de los procedimientos y de los medios destinados a garantizar su aplicación. La trasposición correcta del precepto en cuestión obliga a los Estados a una «doble protección», en relación con el tenor del artículo 10.1 de la [Directiva 92/85](#): por un lado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir, en principio, el despido de esas trabajadoras (lo que denomina la protección con «carácter preventivo»); y, de otro lado, el punto 3 del mismo artículo establece que los Estados miembros tomarán las «medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sea ilegal (...)» (protección contra las consecuencias del despido «en concepto de reparación»).

Para responder a esta cuestión, el TJUE acude a una interpretación tanto literal como teleológica o finalística de la norma, especialmente a tenor del considerando decimoquinto de dicha [Directiva 92/85](#), donde se señala que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, de lo que resulta conveniente establecer una prohibición de despido de estas trabajadoras; así como de la consideración del riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo. Esta consideración fundamenta que el legislador de la Unión haya previsto, en el artículo 10 de la [Directiva 92/85](#), una protección particular para la mujer, preceptuando —*voluntas legislatoris*— la prohibición de despido durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.

El TJUE también recuerda que, con base en tales elementos, ya estableció que la tutela «excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo» (con cita de la [Sentencia de 11 de octubre de 2007, asunto Paquay, C-460/06](#)).

De ahí que establezca que, habida cuenta del riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, «no puede sustituir a la protección de carácter preventivo». Por consiguiente, con el fin de garantizar tanto la fiel trasposición del artículo 10 de la [Directiva 92/85](#) como la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado. A la vista de las consideraciones anteriores, procede a responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 10, punto 1, de la [Directiva 92/85](#) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal. Ello nos lleva a considerar que, con este precedente judicial, tanto la readmisión obligatoria, el abono de salarios de tramitación y, en su caso, la indemnización adicional, como las medidas de «reparación» preceptuadas en la normativa española para la declaración de nulidad del despido de una empleada embarazada (tutela *ex post*), no son suficientes para adecuar esa protección a los mandatos comunitarios, y es necesario establecer una prohibición que responda a la específica tutela «preventiva» –*ex ante*– que exige el derecho de la Unión.

Es manifiesto que no existe norma nacional capaz de alcanzar el objetivo que pretende la directiva y estimo que a esta consideración tampoco obsta la previsión de eventuales sanciones de carácter administrativo y la posibilidad, con una finalidad reparadora y de prevención general, de exigir la percepción de una indemnización de daños y perjuicios. La finalidad preventiva de los mecanismos de sanción y reparación no reemplaza la exigencia de una prohibición expresa.

### 3.4. *Sobre la exigibilidad de una prioridad de recolocación y/o permanencia de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia a la luz del derecho de la Unión*

En último lugar, el TJUE responde conjuntamente a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta, formuladas por el órgano judicial nacional en los siguientes términos: ¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia conforme al artículo 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? ¿Es conforme al artículo 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 periodo de lactancia?

Ciertamente, nuestro ordenamiento, afecto de una flexibilidad externa no condicionada a la adopción previa de medidas de flexibilidad interna (política flexible de gestión de personal con selección «a la carta» de las medidas novatorias o extintivas), no establece medidas preventivas, como pudiera ser la exigencia –intento al menos– de recolocación de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en periodo de lactancia en otro puesto de trabajo y con carácter previo a la decisión extintiva (una «obligación de reclasificación» al estilo de la existente en el ordenamiento francés para ciertas situaciones). Ello dejaría como *ultima ratio* la opción extintiva, lo que incrementarían, desde el punto de vista del garantismo jurídico-social, algo más de estabilidad en el empleo para las trabajadoras que atraviesan por este tipo de situaciones en su ciclo vital.

Por otra parte, nuestro ordenamiento tampoco establece para las trabajadoras en estas situaciones una prioridad de permanencia en la empresa, posibilidad que queda en exclusiva a lo que se acuerde en convenio colectivo o en eventual acuerdo que se alcance en el periodo de consulta-negociación (o fije unilateralmente el empresario en las hipótesis en que no hayan dado resultado estos instrumentos de la negociación colectiva). Tan solo los representantes legales de los trabajadores tienen *ex lege* prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo. Esta prioridad de permanencia solo puede reconocerse a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado convencionalmente, en situaciones tales como el colectivo de trabajadores con cargas familiares, el de trabajadores mayores de determinada edad o el de personas con discapacidad (art. 51.5 ET, donde ni siquiera se hace referencia a las trabajadoras embarazadas).

Aunque, a tenor del artículo 10.1 de la [Directiva 92/85](#), se impone a los Estados miembros la obligación de que «tomarán las medidas necesarias» para prohibir, en principio, el despido de las trabajadoras durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, el TJUE considera que ello no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

A pesar de ello, el TJUE recuerda que la directiva solo contiene disposiciones mínimas, de forma que no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia (con cita de la [Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar, C-438/99](#)).

A la luz de tales argumentos, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta que el artículo 10, punto 1, de la [Directiva 92/85](#) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la [Directiva 98/59](#), no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de

recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

La [sentencia analizada](#) tiene la virtud de poner de manifiesto los propios límites del derecho de la Unión Europea en materia de tutela frente al despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, pero también los incumplimientos y carencias –al margen de que vengan o no impuestas por el derecho de la Unión– de nuestro ordenamiento para garantizar una tutela más adecuada. Si queremos una tutela más reforzada, tendrá que ser prevalentemente por la vía de la reformulación de nuestro ordenamiento interno.

El pronunciamiento confirma la facultad que tienen las empresas para extinguir la relación laboral de empleadas embarazadas en un procedimiento de despido colectivo siempre que acrediten que la causa real de dicha extinción es la concurrencia de causas objetivas, y ello sin una exigencia de argumentación adicional o específica para este tipo de situaciones. Dicho de otro modo, la trabajadora no puede ser despedida por motivo de su embarazo o lactancia, pero puede serlo por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas derivadas de la actividad de la empresa. Ello podría equipararse a la exigencia de una justificación objetiva y razonable de la medida extintiva y de su proporcionalidad, aunque no es exactamente la traslación de la carga de la prueba –prueba indiciaria– que conocemos en la tutela frente a la discriminación y la violación de los derechos fundamentales (*cf.* arts. 181.2 LRJS y 19.1 [Directiva 2006/54/CE](#)). Lo cierto es que esta cuestión no se plantea dentro del caso concreto y la limitada *cognitio* que conlleva el mecanismo de la cuestión prejudicial y, además, conviene tener presente que, en principio, se trata de normas de carácter procesal (tutela *ex post*), no integradas en las exigencias causales y procedimentales de la propia decisión empresarial extintiva. Lo más razonable, transparente y garantista sería que la exigencia de descripción individualizada de los criterios de selección fuera extensible a todos los trabajadores que vayan a ser despedidos (pues pudieran verse afectados por otro tipo de discriminaciones). Esta exigencia presenta una clara conexión con el propio derecho a la tutela judicial efectiva –*ex* arts. 47 [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#) y 24 [Constitución española](#)– pues –al trabajador/a afectado/a– le permitirían ejercer sus derechos en sede judicial con un conocimiento más preciso de la causa de la decisión empresarial y los criterios seguidos para la selección (de forma individualizada).

Por otra parte, esta sentencia deja clara la inexigibilidad de ciertas medidas que reforzarían la tutela de trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, a la luz de las normas mínimas establecidas en el derecho de la Unión, pero ello no obsta a que sería muy conveniente su incorporación *lege ferenda* al régimen de despidos por necesidades de la empresa.

En este sentido, y esto es mérito del órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial, el pronunciamiento también pone de relieve la escasa dimensión «proactiva» de nuestro ordenamiento jurídico en relación con la tutela en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Y ello en coherencia con la nueva perspectiva que, en nuestro ordenamiento interno, supone la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que abre la puerta a repensar y replantear nuestro modelo de protección de las mujeres trabajadoras en estas –y otras– situaciones. Puesto que la legislación española no prevé ninguna protección especial adicional –no establece obligación de recolocación o prioridad de permanencia– en casos de despido colectivo por dichos motivos empresariales, la directiva europea tampoco es la fuente para otorgar una mayor protección que la ofrecida actualmente por la legislación nacional.

Con base en lo expuesto, en primer término, resulta ineludible una reforma de nuestra legislación interna, que no contiene una prohibición, de principio y con carácter preventivo (como medio para evitar un riesgo para su salud), del despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que solamente establece, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Resultaría poco viable una prohibición «absoluta» de despido de una trabajadora en estas situaciones, pues sería una opción maximalista que no se coherente bien con la configuración de la extinción por necesidades de la empresa (*ad limine* de cumplimiento imposible en los casos de cierre total de la empresa) y muy discutiblemente tendría amparo en la propia normativa europea (que admite razones excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora que lo hacen posible); además de que se deben atender las legítimas necesidades empresariales que se sitúen al margen de cualquier ánimo discriminatorio; si bien es cierto que convendría reforzar el principio de causalidad del despido de las trabajadoras en tales circunstancias, con exigencias reforzadas que eliminen toda sombra de duda sobre el verdadero motivo «no inherente a la persona» de la trabajadora y que hagan más efectivos –reforzando el «efecto útil» y la racionalidad teleológica de las directivas– el carácter general de la prohibición que debe incorporarse a nuestro derecho interno y la verdadera excepcionalidad de situaciones –no inherentes a su estado– que imposibilitarían su operatividad. Ello no significa que haya que incorporar expresamente la especificación de las posibles causas de despido de dicho colectivo de trabajadoras, técnica que no resulta una exigencia del derecho de la Unión (*cf.* [Sentencia TJUE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar, C-438/99](#)).

Recuérdese que toda esta política se enmarca en la tríada de prevención de riesgos laborales, tutela de la mujer en situaciones relacionadas con la maternidad (entendido el despido como un riesgo en sí para la salud de la mujer embarazada por el estrés, intranquilidad, inseguridad y angustia que pueden derivar de tales situaciones) y la no discriminación de la mujer en el trabajo, lo que debería obligar a replantear –en clave de *lege ferenda*– nuestras garantías de estabilidad en el empleo para estas trabajadoras. Aparte de una reforma obligada para implementar la prohibición, es conveniente reformular nuestro ordenamiento interno a la hora de establecer garantías específicas o «reforzadas» para garantizar el carácter «excepcional» que debe revestir cualquier excepción a la regla –considerable– general de prohibición del despido de la trabajadora en tales situaciones.

En este sentido, podría desarrollarse una obligación previa de recolocación, cuyo resultado determinaría la viabilidad jurídica –o no– de su extinción contractual. Una prioridad de permanencia *ex lege* –aunque viable– podría considerarse excesiva para el papel que desempeña la negociación colectiva en esta materia (*cf.* art. 51.5 ET), pero sí que sería adecuado incluir expresamente a las trabajadoras en estas situaciones como uno de los colectivos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de establecer las prioridades de permanencia. Una previsión convencional incluyente de la prioridad, en lectura combinada con el artículo 13.3 del [Real Decreto 1483/2012](#), supondría un refuerzo de su tutela pues –caso de incluirlas como tales– la empresa quedaría obligada a justificar en la decisión final del despido colectivo, y de manera específica (con causas distintas a las que inducen al despido colectivo), la afectación del mismo a «trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa». Otro asunto es el hecho de que –en el acuerdo del caso– se privilegie una situación como el matrimonio frente a otras, que es sesgada, pues no tiene en consideración la situación de las familias monoparentales.

Estos, sin duda, serían elementos a tener en cuenta para una más decidida política de protección «en el trabajo» de las madres trabajadoras (incluso extensible a los trabajadores mientras ejerzan los derechos laborales relativos a la paternidad).

Por último, y en cuanto a la justificación de la carta de despido, es importante tener en consideración que la doctrina vertida por el TJUE en este pronunciamiento ha sido aplicada con resultados dispares por tratarse de casos fácticamente diferenciables. En primer lugar, por el propio órgano que planteó la cuestión prejudicial, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 26 de abril de 2018 ([rec. 3002/2015](#)) resuelve que la carta de despido sí especificaba suficientemente los criterios de selección, motivo por el que no procede declarar la nulidad de la decisión extintiva. De todos modos, y esto sería objeto de atención más detallada, la sentencia abre la posibilidad de reclamar responsabilidad patrimonial al Estado por la deficiente tutela preventiva del despido a la luz de la [sentencia del TJUE que comentamos](#). Acción que se antoja de viabilidad incierta, pues el resultado del procedimiento –y la calificación de la extinción– no conlleva la existencia de un nexo causal con la vulneración de derechos subjetivos –que debieran haber sido objeto de trasposición– que acarree la indemnización por daños y perjuicios (*cf.* art. 32.5 [Ley 40/2015](#)).

Sin embargo, en un caso similar, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2018 ([rec. 713/2018](#)), haciendo uso de la doctrina Porrás Guisado, señala que «(...) la expresión exigible de los criterios de selección en estos supuestos sea la necesaria para comprobar que esos criterios se han aplicado de tal manera que la selección de la concreta trabajadora es ajena a su situación protegida (...)», esto es, deben indicarse «(...) qué criterios han llevado a seleccionar dentro del conjunto de los despedidos a la trabajadora interesada»; y cuya inexistencia o insuficiencia conlleva la declaración de nulidad del despido. Este último tribunal concluye que, dado que –en el supuesto concreto– la carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada y en el acto del juicio no se acredita por la empresa cuáles hayan sido los criterios aplicados, de manera que los mismos sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración

de derechos fundamentales, el despido se califica de nulo. Lo cierto es que en este segundo caso no constaba –en los hechos probados de la sentencia– que se incluyese en la carta de despido cuáles fueron los criterios aplicados por la empresa para llevar a cabo tal selección, de manera que no se trata de casos idénticos.

La suficiencia de la justificación será una cuestión a apreciar según las circunstancias de cada caso concreto, siguiendo las pautas generales sentadas tanto por el TJUE como por el Tribunal Supremo (TS) (aunque, de este último, hubiera sido exigible un mayor esfuerzo exegético tutelar de la posición individual de los trabajadores incurso en tales procedimientos). En todo caso, resulta claro que –cuando se trate de trabajadoras embarazadas y hasta la finalización del periodo de lactancia– habrán de incorporarse a la comunicación escrita de extinción contractual los criterios objetivos tenidos en cuenta para que el despido le afecte individualizadamente, lo que debe obligar al TS [en la jurisprudencia aquilatada desde la doctrina sentada a partir de las SSTs de [24 de noviembre de 2015 \(rec. 1681/2014\)](#), [15 de marzo de 2016 \(rec. 2507/2014\)](#) y siguientes] a matizar su interpretación de las exigencias derivadas de la aplicación del [artículo 53.1 a\) del ET](#) –en ejecución del despido colectivo– (exigible de conformidad con la obligación de interpretación acorde del derecho interno con las directivas comunitarias, incluso en las relaciones *inter privados*), conforme a la vinculante interpretación que del mismo nos brinda en su sentencia el TJUE (*ex art. 4 bis Ley orgánica del Poder Judicial*). La actual doctrina del TS sobre la suficiencia del contenido de la carta de extinción individual –en el marco de la ejecución de un despido colectivo– no puede aplicarse en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo. En tales casos, además de la causa de la extinción, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas. Según la actividad probatoria de la empresa en juicio, el incumplimiento de tal requisito acarreará la calificación de nulidad, cuando se aprecie discriminación, o bien de simple improcedencia de tal extinción por irregularidad procedimental.

En este mismo número, el [comentario de Martín Godino Reyes](#) aborda –con carácter general– la cuestión de la suficiencia de la comunicación de la extinción individual derivada de despido colectivo con mayor profundidad.