

El «plus de riesgo de despido» de las mujeres embarazadas: ¿«indemnización disuasoria» también para la nulidad objetiva?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

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

«El Derecho debe prevenirse contra la injusticia a través de la lucha, jurídicamente canalizada, contra todo ataque a la misma. Si el Derecho no se previniera contra la injusticia se negaría a sí mismo, pues es una condición necesaria tanto de su idea (fin) como de su existencia (medios)»

Rudolf von IHERING¹

1. MARCO JURÍDICO: EL DESPIDO DE MADRES, RIESGO DE MERCADO; INDEMNIZACIÓN ADICIONAL, MEDIDA DE PREVENCIÓN EN NUESTRO DERECHO

Incluso cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) avala una norma laboral española, lo que últimamente no solía pasar, a menudo guarda alguna puya que hace tambalearse alguno de los cimientos de nuestro Derecho, bien legislativo, bien jurisprudencial. La [STJUE de 22 de febrero de 2018 \(caso Jessica Porras Guisado, C-103/16\)](#) asume la conformidad sustancial al Derecho comunitario (Directivas [92/85/CEE](#) –tutela de trabajadoras embarazadas– y [98/59/CE](#) –despidos colectivos–) del [artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) en su aplicación al despido por razones no inherentes a la persona de las mujeres en estado de gestación y situaciones posteriores derivadas de esa condición de maternidad. Sin entrar ahora en la corrección o no de esa doctrina jurisprudencial, lo cierto es que ha sido bastante claro (lo que contrasta con su gusto por la justicia oracular) y parece haber satisfecho al Gobierno español y a las empresas. Ahora bien, fiel a sí mismo, no renuncia a abrir el debate sobre la efectividad de la tutela que proporciona la regulación nacional y creando una sombra de duda que cuestiona

¹ Ihering, R. von (1921). *La lucha por el Derecho*.

de raíz un convencimiento arraigado en la experiencia jurisprudencial de nuestro país: la mejor forma de tutelar la maternidad es dejar bien claro que toda decisión empresarial no justificada y producida durante ese estado (que va más allá de la gestación y la lactancia, implica también el –intenso– trabajo de cuidar) será calificada de nula, con el efecto de readmisión obligatoria –y garantía de integridad salarial–.

No lo cree así el TJUE. A su juicio, «habida cuenta del riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras» la gestación y sus situaciones derivadas «la contingencia de un despido», la protección en concepto de reparación «no puede sustituir a la protección de carácter preventivo» (considerando 64). Antes bien, esta vertiente de la tutela es necesaria «con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del artículo 10.1 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas (...) contra el riesgo de despido». El «Derecho no puede limitarse a la reparación mediante la nulidad del despido injustificado» (párrafo 65). Sobre estos razonamientos construye el siguiente silogismo jurídico: si la maternidad de las mujeres es una fuente de riesgo específico de despido para las trabajadoras, con el conjunto de perjuicios asociados (ocupacionales, físicos, psicosociales, morales, patrimoniales, etc.) y si, por eso, el citado artículo 10.1 hace de la tutela preventiva una medida indispensable, el Derecho de la Unión Europea «se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio (...) con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, (...), y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal» (punto 3 del fallo).

No entro ahora –por no ser determinante para el asunto de este diálogo– en la pugna doctrinal, científica y judicial en torno a si la regulación española, comprendida íntegramente, no de forma sesgada (acusación habitual y, con alguna frecuencia con razón, que se hace de forma recurrente al TJUE), es realmente, no solo en «línea de principio», como parece apuntar el TJUE, contraria a los mínimos útiles de la directiva –por lo que comentaré a otros efectos, ya adelanto que me inclino por la respuesta positiva, aun reconociendo sus límites de eficacia–. Aquí me interesa hacer dos observaciones generales. Una realista, atendiendo al plano de la actual realidad sociológica de nuestro mercado de trabajo y que confirmaría que la reflexión del TJUE, de utilidad práctica, es muy pertinente: la estadística confirma que la condición de maternidad sigue valorándose empresarialmente, pese a la constante llamada al fomento de la natalidad, como amenaza (riesgo) para la productividad, no una oportunidad. Basta recordar, con la OIT, que el 45 % de las mujeres jamás vuelve a recuperar su situación laboral tras la baja maternal (no vuelven o reducen jornada o no progresan en su carrera), mientras que el porcentaje de hombres que sí lo hace tras la baja paternal es casi del 100%².

² Vid. Aragón, L. (2017). Los datos que muestran cómo el mercado laboral sigue viendo la maternidad como una amenaza. <lavanguardia.com> (03-02-2018). Recuperado de <http://www.lavanguardia.com/economia/20180203/44466252655/mercado-laboral-ve-maternidad-amenaza.html?facet=amp&__twitter_impression=true> (consultado el 5 de marzo de 2018).

La otra es, claro está, normativa. Y es que, pese a lo que rezuma la posición del TJUE, el Derecho español sí tiene remedios preventivos que se sitúan en línea con la directiva. Otra cosa será su eficacia real, más por deficiencias aplicativas que por ineficacia técnica.

El primero tiene que ver con el sistema de nulidades objetivas establecido para todos los casos de despido –se excluye la extinción durante el periodo de prueba ([STC 173/2013](#))–, no solo para los despidos disciplinarios, en el [artículo 55.5, párrafo segundo, letra b\) del ET](#) –que incluye también el ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar–. Conforme a una consolidada jurisprudencia, se trata de una «causa de nulidad, distinta de la nulidad por causa de discriminación». A través de ella, el legislador nacional actúa una garantía de tutela efectiva frente al riesgo de despido por embarazo de naturaleza «automática» (la protección no precisa prueba del móvil discriminatorio) y «finalidad de mejora» respecto de la [Directiva 92/85/CEE](#) (ej.: [STS, 4.ª, de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014](#), que anuló la inclusión de una trabajadora, con reducción de jornada por cuidado de hijo, en un despido colectivo, al no aportar los criterios objetivos para tal selección, deviniendo discriminatoria). El segundo se asocia a la previsión *ex* artículo 183 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) de añadir una función preventiva a la indemnización por vulneración de un derecho fundamental ([STS de 13 de julio de 2015, rec. 221/2014](#)).

Pues bien, tras una atormentada y fatigosa evolución jurisprudencial, para volver a la cabilia de salida de hace un cuarto de siglo (1993), reescribiendo el futuro conforme al (mejor) pasado, se asume ya que la nulidad del despido por vulneración de derecho fundamental ([STS 1025/2017, de 19 de diciembre](#), para la libertad sindical), en especial si se trata de derechos relativos a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, conllevará necesariamente una indemnización adicional a la nulidad (readmisión + salarios de tramitación + indemnización de daño moral con eficacia disuasoria). No entramos ahora en las persistentes deficiencias en su cuantificación, pues permanece en gran medida subestimada o infravalorada (dimos cuenta de ello en el [número de junio de 2017](#), que también refiere situaciones, hoy excepcionales, en las que no se declara derecho indemnizatorio alguno: [STS 286/2017, de 4 de abril](#) –discriminación por razón de sexo para una trabajadora sometida a pruebas de fecundación *in vitro*–), sin que haya claridad ni tan siquiera a la hora de seleccionar el criterio objetivado de referencia (*vid.* [ATS de 17 de mayo de 2017, rec. 2113/2016](#)). En este momento, lo que interesa recordar es que resulta ya un dato jurídico adquirido, normativo, que la tutela frente al despido injustificado de todas las trabajadoras madres (desde la gestación hasta el cuidado) incorpora una sanción de nulidad tanto restitutoria (readmisión e indemnidad retributiva) cuanto disuasoria-preventiva a través de la indemnización adicional concebida legislativamente para contribuir de forma eficaz a la prevención del riesgo especial de despido –u otro agravio– que siguen sufriendo aquellas.

En este escenario, evolutivo y más complejo que el que sugiere el TJUE, surgiría ahora, precisamente a raíz de su reclamo de una mayor atención a la dimensión preventiva frente a ese riesgo, otra cuestión innovadora: ¿la nulidad objetiva excluye ese plus de indemnización?

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO

La experiencia judicial reciente elegida para conducir el diálogo expositivo y crítico es, lamentablemente, muy sencillo y difundido. Una trabajadora embarazada es despedida sin acreditar causa suficiente la empresa, que no conocía su estado de gestación. La trabajadora demanda por despido nulo al entender que se debe a su embarazo. La sentencia de instancia excluye la calificación de nulidad al no existir un panorama razonablemente indiciario de un ánimo discriminatorio. Pero estima su improcedencia, al aceptar que no ha habido prueba de la causa. La sala de suplicación, que conoce del recurso entablado de la trabajadora, confirma la instancia. Contra ella se recurrirá en unificación de doctrina, alegando infracción del artículo 55.5 b) del ET, en la interpretación de la STS de 17 de octubre de 2008 (rec. 1957/2007).

3. DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

Si lacónico es el relato fáctico, tampoco habrá –lo que no es nada usual en los últimos tiempos– exuberancia argumental ni en la verificación de la contradicción, que estima de suyo, ni en la fijación de doctrina jurisprudencial, limitándose a una mínima síntesis. La sala estima el recurso de unificación de doctrina, ratificando la STS de 17 de octubre de 2008. En este caso, la aplicación sería estricta, pues no jugaría la regla de la inversión de la carga de la prueba *ex* artículo 96.2 de la LRJS, dado que no basta con probar el embarazo y alegar discriminación, sino que hay que acreditar un mínimo «panorama indiciario de motivo discriminatorio», lo que en el caso no se habría producido. En consecuencia, a falta de aquel panorama, la falta de justificación por la empresa del despido no sería suficiente para identificar tal móvil, sí para la nulidad objetiva. Queda claro, pues, que en el caso, para la casación, no hay discriminación en sentido estricto, pero sí nulidad objetiva. El resumen de jurisprudencia que realiza (FJ Segundo.2) puede, a su vez, sintetizarse así, por lo que más interesará para nuestro argumento jurídico:

- a) La regulación legal de la nulidad objetiva del despido de las trabajadoras en estado de embarazo se vincula al artículo 14 de la Constitución española (CE). La automaticidad de la tutela obedece a una garantía de efectividad de la igualdad real de las mujeres en el mercado de trabajo a fin de corregir o compensar su riesgo específico de despido. Tanto es así, añade, en sintonía con el TJUE, que «constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo (...)».
- b) La finalidad de la norma es, pues, proporcionar a la trabajadora embarazada una «tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación»: la liberación de la carga de acreditar indicio alguno, incluso el relativo al conocimiento de tal estado. Y ello por dos razones, una axiológica y otra de experiencia. De un lado, tal prueba

afecta a la «esfera íntima de la mujer», que puede desear mantener preservada del conocimiento ajeno (derecho a la tutela preventiva de su dignidad). De otro, a fin de facilitar la protección evitando la usual dificultad probatoria (razón práctica).

4. TRASCENDENCIA DE LA CUESTIÓN MÁS ALLÁ DEL CASO: RELEVANCIA Y JUICIOS DE PREVISIBILIDAD DE LA DOCTRINA PARA LOS CASOS FUTUROS

4.1. *La relevancia práctica: las persistentes fallas aplicativas en la experiencia judicial*

La [STS 942/2017, de 28 de noviembre](#), objeto de nuestro diálogo, carecería, podría bien pensarse de inicio, de interés doctrinal, pues se limita a ratificar la consolidada jurisprudencia en la materia. Incluso podría regateársele un significativo interés práctico, más allá del caso concreto, pues tampoco contiene alarde argumental destacado. Veremos que ni una ni otra valoración serían adecuadas, a mi juicio, apenas se supere una primera y superficial lectura. En el plano práctico más inmediato porque tiene un sentido estimatorio del recurso de casación de unificación de doctrina. Este sentido del fallo significa que, pese a ser tan archiconocida esa jurisprudencia, todavía hay un número relevante de jueces y tribunales que hacen una errónea aplicación (ej. [STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2015, rec. 711/2014](#), y la de instancia). En buena medida, el énfasis puesto por la sentencia comentada en la situación real actual del mercado de trabajo, con un énfasis claro en el efecto útil de la protección legislativa, tal del gusto del TJUE, llamaría a revisar cierta incompreensión judicial hacia el fin de esta medida, que no sería sino corregir o compensar el «plus de riesgo de sufrir despidos injustos» ligado a la interacción entre el estatuto biológico de maternidad y los arquetipos sociales sexistas vinculados a él.

4.2. *La trascendencia doctrinal de la sentencia a la luz de la jurisprudencia comunitaria: la indemnización disuasoria como imperativo de coherencia preventiva*

Pero, sin ninguna duda, es en el plano teórico o doctrinal donde la sentencia adquiere un inesperado significado, tanto por lo que dice en orden a la finalidad de la nulidad objetiva del despido de trabajadoras madres por causa injustificada, se conozca o no la gestación, como por lo que orilla respecto al impacto del artículo 183 de la [LRJS](#), repensado a la luz de la jurisprudencia comunitaria referida y su exigencia, en tales casos, de una tutela preventiva en alguna medida útil ([asunto Porras Guisado](#)). Al respecto, ya hemos tenido ocasión de recordar cómo el TJUE no acepta que se identifique, cuando media un despido sin causa de una trabajadora gestante, sin más precisión o añadidura, «reparación» con «nulidad» sin más, exigiendo tutela preventiva.

Aunque es bien sabido que la construcción de la nulidad objetiva responde a un nivel de tutela superior al de la directiva (por prescindir de la exigencia de conocimiento del estado por el empleador), no por ello cabe identificar, sin más, el imperativo europeo de prevención con el

nacional de objetividad o automaticidad, aunque esta garantía también responda a ese efecto útil de la protección reclamada por el TJUE. Dejando de lado que en el [caso Porras Guisado](#) también se alegaba por la empresa (Bankia) el desconocimiento del embarazo –si bien la trabajadora alegaba que sí lo conocían compañeros y superiores–, lo que se fijará de una forma objetivada en la sentencia que dicte la sala de suplicación catalana, es importante reseñar que el TJUE dicta una jurisprudencia expansiva, no restrictiva, ya que se fundamenta en un derecho fundamental y en un principio general del Derecho de la Unión Europea (arts. 20 y 21 [Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–). En este sentido, el artículo 10 de la [Directiva 92/85](#) –complementario de la directiva sobre despidos colectivos, pero no agotada en ella, por su inmediata conexión general con el principio de igualdad de trato por razón de sexo, como afirma la [STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15, caso Elda Otero Ramos](#), ya [comentada](#) en el número de enero 2018 de esta revista– exigiría frente a todo despido sin causa justificada de una trabajadora madre «doble protección» (en este sentido también la [STJUE de 11 de octubre 2007, C-460/06, caso Paquay](#)): la reparadora (restaurar los perjuicios íntegramente) y la preventiva (disuadir del despido en sí).

Ciertamente, podría esgrimirse, como hace cierta doctrina de suplicación social, que sí se ha enfrentado abiertamente con esta cuestión (SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [17 de julio de 2014, rec. 1171/2013](#), y [18 de noviembre de 2015, rec. 2005/2015](#)), concluyendo, a mi juicio hoy erradamente, que no cabe tal indemnización adicional en caso de nulidad objetiva del despido por dos razones. La primera, porque tal indemnización no se asociaría a un mero incumplimiento legal, pues el artículo 183 de la [LRJS](#) exige violación de un derecho fundamental y aquí no hay prueba de intencionalidad discriminatoria. La segunda, porque tampoco habría daño alguno que reparar pues «el daño producido por el despido es reparado íntegramente con la declaración de nulidad (...), reconstruyendo *in integrum* la situación anómala generada por el despido ilícito». Tan arraigada ha estado en la experiencia judicial, y en la práctica forense española general, tal convicción, que incluso motivó que se planteara cuestión prejudicial a fin de solicitar del TJUE expresa autorización para introducir en el Derecho español –y de paso en el de los demás Estados miembros– la figura de los «daños punitivos», típica del mundo anglosajón, como única vía –igualmente equivocada– para corregir esa identificación entre protección judicial efectiva del derecho a la igualdad de trato por razón de sexo y nulidad. De todos es sabido que tan sutil como errático intento fue fallido ([STJUE de 17 de diciembre de 2015, caso Arjona Camacho, asunto C-407/14](#)).

A mi juicio, ninguno de los dos argumentos son correctos. El primero porque en tales casos de nulidad objetiva no se está ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que, como bien expresa la sentencia de nuestro comentario, la finalidad de la norma legal reside en compensar una clarísima, por constatada socialmente –ya se han dado datos al respecto–, desventaja en el mercado de trabajo de las trabajadoras respecto de los hombres. Por tanto, el ámbito jurídico-constitucional, y hoy comunitario, de referencia no debe ser la intención o no de discriminar, sino la prohibición de realizar prácticas obstaculizadoras injustificadas –si hay causa objetiva de despido sería procedente, conforme a la norma nacional y a la jurisprudencia comunitaria, no hay blindaje absoluto– del derecho a la igualdad de oportunidades entre los hombres y la mujeres, *ex* artículo 14 de la [CE](#) y 20 de la [CDFUE](#). En este sentido de interés resulta la cita de la [STS 10/2017, de](#)

10 de enero (razonó la tutela nacional superior a la directiva para la garantía de indemnidad retributiva sobre el fin de compensar desventajas sociales para la igualdad).

El segundo porque, como evidencia el TJUE –siguiendo, aquí sí, las conclusiones de la abogada general (AG)–, en todo despido sin causa de las trabajadoras madres concurren daños específicos, más allá del obvio de la pérdida del empleo sin justificación jurídica. La AG no deja duda alguna: «es intrínsecamente improbable que [las medidas de reparación] (...) subsanen completamente las consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica causadas por el acto impropio inicial». Dejando al margen ahora la cuestión, ya referida, de si el Derecho español permite o no una tutela preventiva mínima, que el TJUE parece asumir que no, al igual que un cierto sector doctrinal³, que yo no comparto, en el sentido específico aquí apuntado, se deja claro que todo despido injustificado de una trabajadora madre tiene consecuencias de alcance perjudicial de todo tipo para todas ellas, dependiendo su extensión e intensidad, por supuesto, de cada caso. Precisamente, la referida doctrina de duplicación social contraria a la indemnización aquí promovida ha rectificado «de forma expresa y tajante los argumentos que utilizó al respecto» (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de noviembre de 2015, FJ 3, *in fine*). La más reciente jurisprudencia, que defiende la automaticidad del daño moral (presunción *iuris et de iure*) en caso de violación de derechos fundamentales (STS 1025/2017, de 19 de diciembre, citada), reafirmaría esta doctrina relativa al daño moral –otra cosa es respecto del biológico–.

No ha rectificado, en cambio, el primer argumento. De modo que tan solo reconoce la indemnización adicional por daño moral si concurre un panorama indiciario discriminatorio, ausente en 2013 y sí constatado en 2015. Ahora bien, se ha indicado que también aquí yerra, a mi juicio, la sala de duplicación, ignorando la vulneración del artículo 14 de la CE y del artículo 20 de la CDFUE.

Como se recordaba, siguiendo la contundente afirmación de la sentencia de casación aquí analizada, al margen de la adecuación o no a los «mínimos» comunitarios, la maternidad (desde la gestación hasta el final de la etapa de cuidar –que se prolonga hasta la mayoría de edad de los descendientes para luego continuar en el cuidado de ascendientes–) sigue siendo una fuente de obstáculos para el goce de un derecho a un entorno laboral equiparado al de los hombres. Las medidas legales, al margen de su eficacia real –escasa, por lo que vemos–, no pueden desanclarse de esta prohibición de obstáculos, de modo que dejen de ser «normales laboralmente» unas prácticas tan profundamente «anómalas jurídicamente». En consecuencia, conforme a la doctrina clásica del «daño *in re ipsa*», la cosa, aquí el incumplimiento a cargo del empleador, «habla por sí mismo» y desvela una vulneración del principio de igualdad real de oportunidades, ac-

³ Vid. Rojo Torrecilla, E. (2018). Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos Directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16). <eduardorjotorrecilla.es> (25-02-2018). Recuperado de <<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/02/sobre-la-proteccion-de-la-trabajadora.html>> (consultado el 5 de marzo de 2018).

tualizando en daño el riesgo específico de despido de una trabajadora en estado de gestación, al margen de la cuestión de si se quiere provocar o no ese daño. Aspecto que, sin duda, será relevante, pero no para determinar la responsabilidad indemnizatoria a los efectos disuasorios, sino para fijar su cuantía, al igual que otras circunstancias concurrentes (daños patrimoniales, daños a la salud probados, etc.).

4.3. Una nueva oportunidad para «tomar en serio» el mandato legal de indemnización de eficacia disuasoria y su automaticidad (presunción iuris et de iure)

No es posible ni merece ahora la pena ir más allá en este aspecto de la moderna lucha judicial por un Derecho laboral más justo desde su, hoy preeminente, mirada de mujer. Solo enfatizar que el TJUE vuelve a tener la virtud, por encima de sus deficiencias, que también las tiene, de reabrir una cuestión central en nuestro sistema: hasta dónde ha de llevarse la clara función preventiva asignada a las indemnizaciones por el artículo 183 de la LRJS. Aunque el TJUE no se ha referido a la cuestión indemnizatoria expresamente, a diferencia de la AG, sí ha incluido de una forma expresa en sus razonamientos no solo la función preventiva de la protección, incluida en el fallo, sino la normal existencia de daños psicosociales vinculados al despido injustificado de las trabajadoras madres, por lo que no solo autorizaría, sino que, a mi juicio, exige atender esa conexión a partir de la indemnización disuasoria *ex* artículo 183 de la LRJS también para los supuestos del artículo 55.5 b) del ET. Además, esta conexión tendría la ventaja de poder superar, a través de una interpretación de conformidad, el reproche que hace el TJUE al Derecho español en torno a la ausencia de prevención, ignorando u orillando por completo, una vez más (ya lo hizo en la [sentencia Arjona Camacho](#)), que sí existen esos mecanismos disuasorio-preventivos, al menos en un umbral de utilidad razonable, pese a que es la práctica judicial, muy defectuosa, la que le haría perder eficacia en un contexto laboral claramente desventajoso para las madres, con lo que se unen dificultad social con deficiencia aplicativa, que ahora cabría replantearse.

En definitiva, la suma de «la tutela restauradora» (readmisión derivada de la nulidad y salarios de tramitación) más la «compensatoria-disuasoria», hoy automática (indemnización de daños morales con función preventiva), puede y debe cumplir el citado imperativo de «tutela preventiva útil» comunitario tanto en las nulidades discriminatorias propiamente dichas como en las objetivas (vulneradoras del principio de igualdad de oportunidades). Una prohibición amplia del despido en sí debida al efecto disuasorio que tendría si, en todo caso, se derivara una indemnización suficientemente significativa a fin de desincentivar el despido por el riesgo no ya solo de ser calificado nulo, sino también por sancionarse con una importante suma en concepto de indemnización civil-laboral *ex* artículo 183 de la LRJS en relación con el artículo 20 de la CDFUE y el artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE. La sentencia analizada abre la vía para ello, aunque no lo asuma por el momento, por su clarividencia a la hora de situar adecuadamente la razón de ser de la tutela en esa lucha más efectiva contra la desigualdad laboral, situando el despido injustificado de las trabajadoras madres, sin distingos de modalidades extintivas, como el TJUE, a la altura del gran problema de la brecha salarial de género, para cuya corrección sería indiferente el

ánimo o no de discriminar, sino el mero hecho en sí de perpetuarla, de un modo u otro, por conductas del empleador –a veces también de los negociadores colectivos– al margen de la intención.

El problema, una vez más, no permanece aislado. Incluso sentencias de gran calado en esa lucha judicial por un Derecho del trabajo (más) justo con rostro de mujer, parafraseando la imagen del insigne jurista alemán con el que inicié este diálogo, como la [STSJ de Andalucía/Sevilla 343/2018, de 1 de febrero](#), de la que se dio cuenta en el [editorial de marzo](#). En ella se califica de derecho social fundamental inmediatamente eficaz en las relaciones de trabajo, sin mediación legal, la facultad de negociación de las medidas novatorias del tiempo de trabajo, concurra o no reducción de jornada, *ex artículo 37.6 del ET*. Y, sin embargo, cierto que por razones procesales (no recurrió la trabajadora, sino la empresa), quedó orillada la cuestión indemnizatoria –en instancia se pidieron 15.000 € por daño moral–, pese a ser central para el efecto útil del artículo 139 de la [LRJS](#), que sí la prevé. En todo caso, las abogacías de los trabajadores (para promoverla) y de empresa (en busca de mejores argumentos para su desactivación) deberían tomar más en serio esta cuestión, al igual que la jurisprudencia y la doctrina judicial, a menudo atrincherada en viejas tradiciones, expedientes de comodidad más que reglas jurídicas válidas.

Claro está, de este modo, que la cuestión jurídica se desplazaría del fundamento de la indemnización al de su cuantificación, con lo que el desafío para una justicia resarcitoria justa y eficaz desde el enfoque de género persistiría por las deficiencias prácticas. Pero esta es otra historia sobre la que tendremos más de una oportunidad de incidir, en la línea de lo pretendido por este nuevo monográfico al respecto, que seguro no será el último.