

Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido: apuntes para avanzar hacia una mayor protección de los intereses en juego

Carolina Blasco Jover

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Extracto

Desde estas páginas pretende abordarse, de forma crítica, una revisión del esquema de la nulidad objetiva del despido; un tema no exento de trascendencia práctica en tanto que puede incidir –y de hecho incide– en la forma en que las empresas acometan el despido de quienes en ellas trabajan. De esta forma, de lo que se trata es de delimitar el alcance de esa «línea roja» que la parte empleadora no puede cruzar a la hora de tomar decisiones extintivas, y ello porque, si bien parece que se parte de un esquema muy consolidado, ya han surgido ciertas dudas que comienzan a resquebrajarlo. Así, se sentarán las bases para que una posible modificación legislativa amplíe, por un lado, el alcance subjetivo de este tipo de nulidad (a estos efectos, se centrará la atención en tres temas de interés: el despido de las empleadas del hogar, el de las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro* y el despido por el ejercicio de otros derechos distintos a los contemplados en el art. 55.5 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y clarifique, por otro, si ha de procederse al abono de una indemnización por los perjuicios ocasionados. Por último, se planteará una cuestión también crucial: si la tutela reparadora que ofrece el ET es suficiente o si, por el contrario, quien legisla habría de ser más contundente y prohibir, *ab initio*, un despido de estas características.

Palabras clave: despido; nulidad objetiva; indemnización; tutela preventiva; colectivos protegidos; garantías; artículo 183 LRJS.

Recibido: 13-09-2022 / Revisado: 27-09-2022 / Aceptado: 27-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 29-11-2022

Cómo citar: Blasco Jover, C. (2022). Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido: apuntes para avanzar hacia una mayor protección de los intereses en juego. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 59-96. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.6051>



Towards a redefinition of the objective nullity of dismissal: steps towards a greater protection of the interests at stake

Carolina Blasco Jover

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante (España)*

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Abstract

The aim was to critically review the framework of the objective nullity of dismissal, an issue that is not exempt of practical significance. It can influence –and is, in fact, affecting– the way in which companies dismiss those who work in them. The objective therefore was to delimit the scope of that "red line" which cannot be crossed when employers make nullity decisions. Indeed, although nullity appears to be part of a highly consolidated framework, certain issues have already arisen, leading to some initial cracks in the structure. This leads to laying the basis for a possible legislative amendment in order to broaden the subjective scope of this type of nullity (focusing attention on three topics of interest: the dismissal of domestic workers, that of workers subjected to *in vitro* fertilization treatments and dismissal for the exercise of other rights than those contemplated in art. 55.5 ET) and also to clarify whether any compensation must be paid for the damages caused. Finally, an additional crucial question is addressed: whether the restorative protection offered by the ET is sufficient, or whether, on the contrary, the legislator should be more forceful and prohibit, *ab initio*, such a dismissal.

Keywords: dismissal; objective nullity; compensation; preventive protection; sheltered groups; guarantees; article 183 LRJS.

Received: 13-09-2022 / Revised: 27-09-2022 / Accepted: 27-09-2022 / Published (online preview): 29-11-2022

Citation: Blasco Jover, C. (2022). Towards a redefinition of the objective nullity of dismissal: steps towards a greater protection of the interests at stake. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 59-96. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.6051>



Sumario

1. Consideraciones previas
2. El alcance subjetivo de la nulidad: límites de la cobertura
 - 2.1. Empleada del hogar familiar: cuando el desistimiento empresarial concurre en el tiempo con un embarazo no comunicado
 - 2.2. El disfrute de otros permisos o derechos
 - 2.3. Las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro*
3. Las garantías frente al despido nulo de forma automática
 - 3.1. La extensión de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados del artículo 183 de la LRJS
 - 3.2. La tutela preventiva derivada de la STJUE de 22 de febrero de 2018: ¿forma parte la indemnización de la misma?, ¿qué otros posibles contenidos puede albergar?

Referencias bibliográficas

1. Consideraciones previas

Son muchos los trabajos, los artículos, las opiniones que están centrando su atención en la mínima, aunque no irrelevante, reforma laboral acaecida por el Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, que establece medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Porque, aunque es cierto que esta norma parece hacer avanzar (aunque no a pasos agigantados y habrá que comprobar qué ocurre en un futuro) al mercado laboral español, lo cierto es que arroja muchas incertidumbres, habida cuenta de las formulaciones que emplea, del «traje nuevo» –si se permite la expresión– con el que viste a viejos problemas (que persisten) y de conceptos o reglas a los que se les puede entrever las costuras fruto de una negociación seguramente complicada entre todas las partes implicadas. Todas esas incertidumbres, como se ha dicho, están siendo tratadas con profundidad por la más autorizada doctrina científica y lo que se pretende con este trabajo es ir más allá de la actualidad normativa, vislumbrar qué queda por hacer en una futura reforma laboral que implemente, de una vez por todas, ese Estatuto para las personas trabajadoras del siglo XXI tan largamente anunciado, pero que nunca termina de cuajar.

A este respecto, son muchas las cuestiones que podrían abordarse, pero, por lo que ahora interesa, creo que es fundamental avanzar, para reformar el régimen jurídico del despido, una materia tan importante como lo es, sin duda, la de la contratación. Obsérvese, por cierto, que el RDL 32/2021, a pesar de su loable finalidad, no se ha atrevido a modificar el coste del despido improcedente, y eso que la reforma de 2012 lo trastocó profundamente, siendo este, sin duda, el aspecto más lesivo de aquel RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La revisión de este aspecto ha quedado en el aire, aparcada, y ya hay voces críticas entre la doctrina que reclaman un cambio legislativo sobre el particular, tanto por afectar a normas constitucionales como supranacionales (Blasco Jover, 2022). Pero, con ser este un tema interesante y que quien legisla, antes o después, tendrá que afrontar, lo que se pretende con este trabajo es centrar la atención en una cuestión que, de igual modo, resulta relevante, y ello tanto a nivel teórico como práctico en el día a día de las empresas: la delimitación del alcance de la nulidad objetiva del despido. Porque, si bien parece que se parte de un esquema muy consolidado, ya han surgido ciertas dudas, tanto sobre su dimensión subjetiva como sobre su dimensión objetiva, y tanto en el plano doctrinal como en el judicial, que empiezan a resquebrajarlo.

En efecto, tal y como se conoce, el número 5 del artículo 55 del ET¹ comienza señalando que el despido «que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» será nulo. Esa es la primera nulidad que aparece en el precepto, la propia del despido con móvil discriminatorio o vulnerando derechos fundamentales. En este caso, la persona trabajadora debe aportar indicios suficientes de que su cese se debe a la discriminación o a la vulneración del derecho fundamental de que se trate, mientras que recae sobre la empresa la carga de probar la ausencia de discriminación o vulneración en las medidas adoptadas y en su proporcionalidad. Por lo demás, el despido, en estos casos, además de la nulidad, puede ser calificado con la procedencia o la improcedencia.

Junto con esta nulidad, aparece, en el segundo párrafo del precepto, otra, la nulidad que opera *ex lege*, de forma automática, y que se cierne sobre los despidos que se efectúen contra determinados sujetos, a saber: a) el de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1 d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos; b) el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral; y c) el de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1 d), siempre que no hubieran transcurrido más de 12 meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. En estos casos, le basta a la persona trabajadora con demostrar que el hecho causante existe, debiendo entonces probar el empresario que el cese no está relacionado con el embarazo o con el ejercicio de los derechos señalados; prueba que, de producirse, comportará la declaración de procedencia del despido o, en caso contrario, la nulidad.

Pues bien, como se ha adelantado, en el momento actual planean, particularmente, dos interrogantes sobre el régimen jurídico que implementa la norma para la nulidad objetiva. El primer frente abierto afecta a su dimensión subjetiva, en concreto, a si la norma instaura un sistema de lista cerrada por lo que atañe a los colectivos protegidos o si, por el contrario,

¹ Por coherencia, las alusiones que en este trabajo se realicen sobre el texto del artículo 55.5 del ET deben entenderse extrapolables al propio del artículo 53.4 del ET.

a través de una interpretación extensiva o, al límite, de una futura reforma, podrían incorporarse más supuestos de nulidad objetiva a los ya previstos. Por vía judicial, de hecho, ya se ha incorporado a las empleadas de hogar en el caso de que exista desistimiento por parte de quien las contrató, pero, por ejemplo, ¿podría suceder lo mismo con las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro*?, ¿y con las personas trabajadoras que se acogieran al derecho de adaptación por motivos de conciliación que contempla el artículo 34.8 del ET o a ese anunciado permiso para personas cuidadoras que trae su causa de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio?

El segundo frente, por su parte, tiene que ver con la posibilidad, planteada también judicialmente, de adicionar a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación (consecuencia propia de toda nulidad) la indemnización por lesión de derechos fundamentales que deriva del artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Esta cuantía ya es posible solicitarla (y conseguirla) cuando se alega, en virtud del primer párrafo del artículo 55.5 del ET, la existencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, pero más dudas plantea su petición en los supuestos de nulidad automática, especialmente en aquellos que tienen por objeto a la trabajadora embarazada y ese embarazo no es conocido por el empresario (Mercader Uguina, 2021). Como tendrá ocasión de verse, el debate, en este punto, está más abierto que nunca con interesantes fallos en suplicación en un sentido (positivo) o en otro (negativo). Razones, ciertamente, existen para abogar por un planteamiento u otro, pero ninguno está exento de crítica y acaban, a la postre, por otorgar a la interpretación un margen de actuación que va más allá de lo razonable por la problemática tan acuciante que se puede plantear en el seno de las organizaciones empresariales. Al fin y al cabo, todo lo que afecta –o es susceptible de afectar– a la indemnización que le pueda corresponder percibir a una persona trabajadora es siempre motivo de controversia a nivel empresarial por el desajuste económico que, en mayor o menor medida, ello comporta para la entidad.

Siendo este, pues, el contexto de la presente investigación, de lo que se trata es de intentar responder a los interrogantes que anteceden. Por qué se plantean, hasta qué punto queda margen para la interpretación, cómo una futura reforma permitiría solventarlos o qué otros nuevos problemas vendría a plantear la solución de estos dos frentes abiertos son los asuntos sobre los que se reflexiona en las páginas que siguen.

2. El alcance subjetivo de la nulidad: límites de la cobertura

La nulidad objetiva protege, parafraseando a la norma, a la trabajadora embarazada², a quienes se hayan convertido en progenitores o progenitoras de forma reciente y/o estén

² Aunque también al otro progenitor durante el embarazo de la mujer por aplicación de la doctrina de la discriminación refleja o por asociación. *Vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

ejercitando ciertos derechos de conciliación (señaladamente, el permiso para el cuidado del lactante, el permiso y la reducción de jornada para el cuidado de menor prematuro, la reducción de jornada por guarda legal, por cuidado de familiar y por el cuidado del menor afectado por enfermedad grave y la excedencia por cuidado de hijos o familiares) o ciertos ligados a la prevención de riesgos (suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia e incapacidad temporal por enfermedades relacionadas) y a las trabajadoras víctimas de violencia de género. Dejando ahora a un lado a estas últimas, el propósito de este tipo de nulidad se muestra muy evidente. Se trata de un mecanismo de acción positiva que trae su causa del artículo 14 de la Constitución española (CE) y que ha dispuesto quien legisla para proteger, frente a la desigualdad laboral por razón de sexo, a la mujer embarazada y a la madre reciente que ejercita o bien los derechos vinculados a la prevención, o bien los derechos de conciliación, por mucho que estos últimos, en aras de la consecución del objetivo de la corresponsabilidad, puedan ser utilizados también por el trabajador varón. Consecuencia directa de ello, además, es que se proteja a la familia (art. 39.1 CE), previniéndose así posibles conductas discriminatorias frente a hombres y mujeres que se fundamenten en las necesidades de conciliación que se abren cuando del cuidado de los miembros dependientes (fundamentalmente descendientes, pero no solo) se trata³. Siendo esto así, la cuestión ahora estriba en determinar si es posible extender los límites de la protección a otros supuestos en los que también esté en juego esa tutela a la mujer, a la familia o, incluso, al proceso mismo de gestación. Veamos.

(STSJ) de Galicia de 16 de abril de 2021 (rec. 754/2021), que se apoya, a su vez, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, Coleman). Por lo demás y en cuanto respecta al embarazo, también se tutela con esta protección reforzada al embarazo ectópico, toda vez que existe el elemento o factor diferencial, «una realidad médica y patológica, muy cercana al embarazo, gravidez y otros por mucho que se pauten un tratamiento de aborto bioquímico». Sobre ello, STSJ del País Vasco de 13 de marzo de 2018 (rec. 194/2018). Finalmente, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Tercera, de 16 de junio de 2022 (rec. 6021/2021) confirma que la mujer embarazada queda amparada incluso en los estadios previos a la formalización del contrato de trabajo, pues resulta contrario al principio de igualdad la no formalización del contrato de la mujer que no se incorpora al puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó.

³ A estos efectos, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 153/2021, de 13 de septiembre, recuerda que:

[...] las medidas de conciliación están, en definitiva, vinculadas al mandato de protección de la familia, de los hijos y de la infancia, conforme al art. 39 CE, que son los primeros beneficiarios de las mismas. Su reconocimiento y ejercicio, tanto por mujeres como por hombres, es además esencial para erradicar la discriminación por razón de sexo que aún sufren las mujeres (art. 14 CE), debido a los estereotipos de género y estigmas que en el ámbito laboral han estado tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar, en detrimento de su acceso, permanencia y promoción en el empleo.

2.1. Empleada del hogar familiar: cuando el desistimiento empresarial concurre en el tiempo con un embarazo no comunicado

Por lo pronto, se ha procedido, por vía judicial, a la ampliación a la que anteriormente se hacía referencia en lo que respecta al desistimiento del contrato de trabajo de la empleada al servicio del hogar familiar embarazada, sin que la parte empleadora tenga conocimiento del hecho mismo del embarazo. Era esta una situación que, ya incluso con anterioridad a la aprobación del Real Decreto (RD) 1620/2011⁴, generaba ciertas controversias judiciales por la omisión en el artículo 11 de la mencionada norma (en su redacción anterior al RDL 16/2022, de 6 de septiembre⁵) de toda referencia al despido nulo. Pues bien, ha sido la STS de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019), dictada en unificación de doctrina, la que ha puesto fin a ese debate, deslindando de forma muy nítida las fronteras entre el desistimiento, el despido y la nulidad discriminatoria y la objetiva cuando concurre una situación del tipo que ahora interesa.

En efecto, hasta el momento, los posicionamientos judiciales oscilaban entre aquellas resoluciones que consideraban que el desistimiento llevado a cabo cuando la trabajadora se encontraba embarazada había de ser considerado como un supuesto de nulidad objetiva y aquellos otros que lo negaban y que a lo más que llegaban era a evaluar si en la decisión empresarial extintiva se podían encontrar indicios razonables de discriminación para proclamar la nulidad por causa discriminatoria. La raíz del problema se conoce y ya se ha adelantado: el artículo 11 del RD 1620/2011 en su redacción vigente a la fecha de publicación de la sentencia arriba mencionada, al referirse al despido como causa de extinción contractual, solo contemplaba la declaración de procedencia o improcedencia de dicha decisión extintiva, que no su nulidad, y, además, en el segundo caso, no establecía posibilidad alguna de opción entre la readmisión o el abono de una indemnización, sino que disponía como único efecto el pago, en todo caso, de una indemnización en cuantía equivalente «al salario correspondiente a 12 días naturales por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades». De igual forma, por lo que atañe al desistimiento, tan solo se hacía referencia a que el incumplimiento de sus requisitos formales implicaría que el empresario habría optado por el despido y que, en su caso, ello acarrearía el abono de la indemnización.

Como se constata, pues, ninguna referencia se realizaba a la nulidad. Y ello, *a priori*, resultaba del todo punto lógico, habida cuenta de que una calificación de tal calibre conlleva irremediabilmente la readmisión de la persona trabajadora; hecho este que, en la peculiar prestación de servicios de la que aquí se trata, interferiría en el derecho a la intimidad

⁴ RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. La norma que lo precedió fue el RD 1424/1985, de 1 de agosto.

⁵ Para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

personal y familiar (art. 18.1 CE)⁶, considerando el sacrificio que supondría para los integrantes del hogar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente. La norma se apartaba, pues, de un modo totalmente deliberado, de lo que disponen los artículos 55 y 56 del ET, conformando una regulación peculiar, cerrada, del despido en el ámbito del servicio del hogar familiar, e introduciendo, asimismo, una figura, el desistimiento empresarial, ajena por completo a las causas de extinción del contrato de trabajo propias del ordenamiento laboral común. La nulidad en el cese de la persona trabajadora simplemente no se contemplaba.

Ahora bien, las dudas interpretativas comienzan a surgir tras la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH); norma que, como es bien conocido y por ello no hace falta incidir, modifica numerosos preceptos no solo del ET, sino también de la, por aquel entonces, Ley de procedimiento laboral y de la Ley general de la Seguridad Social, para erigir como principio básico a tener en cuenta la prohibición de discriminación directa por razón de sexo y todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. Cierto es que ninguna variación se produce entonces en el texto del RD 1424/1985, pero, ello no obstante, surge en sede judicial y al calor de aquella ley orgánica el debate acerca de si la decisión extintiva del empresario que coincida con el estado de embarazo puede obedecer a un móvil discriminatorio, con lo que ello implicaría, a saber: la nulidad del cese con el abono de los salarios dejados de percibir y la readmisión de la persona trabajadora.

En este sentido, la línea común ha sido la de considerar que el desistimiento empresarial, en estos casos, ha de gozar, igualmente, de la protección de nulidad, si bien, habida cuenta de la singularidad de la relación, sin posibilidad alguna de readmisión. Se corrige, pues, en sede judicial la voluntad de quien legisla y se admite un régimen de tutela específico para la empleada del hogar familiar, cercano al régimen común, pero, a la vez, alejado –o con matices, si se quiere– al únicamente admitirse como consecuencia de la calificación de nulidad el abono de los salarios dejados de percibir⁷. Ahora bien, ello no obstante, a partir de aquí, surgen dos líneas interpretativas del todo punto contrapuestas. Una, la primera, consistente en considerar, haciéndose jugar la clásica doctrina del TC y del TS sobre el desistimiento del contrato durante el periodo de prueba estando la trabajadora embarazada⁸, que el desistimiento empresarial acaecido durante el embarazo de la empleada de hogar o, incluso, tras él no goza de la protección de nulidad cualificada ex artículo 55.5.2.º b) del ET, sino de la propia

⁶ Un valor que, como bien señalaba el anterior RD 1424/1985 y se cuida de recordar el actual en su preámbulo, en esta relación laboral, más que en ninguna otra, ha de tenerse en consideración.

⁷ Abono que procede, por cierto, hasta la fecha en que se notifique la primera sentencia que declare la nulidad, sea esta la de instancia o la de suplicación. Sobre ello, la STS de 29 de enero de 2020 (rec. 2401/2017).

⁸ Por todas, la STC 17/2007, de 12 de febrero, y la STS de 18 de abril de 2011 (rec. 2393/2010).

del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese⁹. La segunda parte de la premisa mayor: si en la relación laboral ordinaria el despido de la trabajadora embarazada es nulo de forma automática por la gravedad intrínseca que conlleva, no hay motivo alguno para considerar lo contrario cuando se trate de una trabajadora del hogar familiar. Es más, incluso en estos casos, se llega a sostener que, a falta de readmisión, la indemnización que procede es la propia del despido improcedente, pero no la específica que contemplaba el RD 1620/2011¹⁰, sino, más bien, la fijada en el artículo 56.1 del ET, habida cuenta de que la nulidad se declara conforme a lo previsto en el artículo 55.5.2.º b) del ET¹¹.

A la disyuntiva explicada da solución, finalmente, la STS de 11 de enero de 2022, que, como anteriormente se ha adelantado, delimita muy claramente los conceptos de desistimiento, despido improcedente y nulidad objetiva y discriminatoria. De este modo, la sala expone, en primer lugar y de manera del todo punto didáctica, que el desistimiento empresarial requiere del cumplimiento de ciertas formalidades, como bien recalca el artículo 11.3 del RD 1620/2011, a saber, la comunicación escrita en la que conste la voluntad del cese de un modo claro e inequívoco y la simultánea puesta a disposición de una indemnización abonada íntegramente en metálico¹². De no atenderse el empleador a tales formalidades, se habrá de considerar que lo que se ha producido no es un desistimiento, sino, más bien, un despido que será merecedor de la calificación de improcedente, y ello por aplicación del número cuatro del precepto antes citado. Ahora bien, fuese desistimiento, fuese despido, se matiza por el tribunal –y aquí se encuentra el quid de la cuestión– que, si el cese tuviera relación con el embarazo, este habría de calificarse como nulo por aplicación de los criterios del artículo 55.5.2.º b) del ET, siendo indiferente el conocimiento empresarial de aquella circunstancia¹³.

⁹ Como botón de muestra, *vid.* las SSTSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014 (rec. 2838/2014), de Extremadura/Cáceres de 15 de septiembre de 2016 (rec. 338/2016) y de Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1834/2013).

¹⁰ Al efecto, 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades. En sentido favorable a esta indemnización, la STSJ de Extremadura/Cáceres de 15 de septiembre de 2016 (rec. 338/2016).

¹¹ Así, la STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (rec. 4191/2008).

¹² El actual artículo 11.2 del RD 1620/2011 añade, a estos requisitos, el concreto señalamiento de la causa que da origen a la extinción del contrato por voluntad del empresario, a saber, la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida, la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindiera de la persona trabajadora del hogar o el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora. El desistimiento acausal, pues, deja de existir tras la aprobación del RDL 16/2022, de 6 de septiembre, pasando a convertirse en una extinción que ha de estar plenamente justificada en una causa en concreto.

¹³ Lo que es coherente, a su vez, con lo que dispone el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Y ello porque, aunque el despido y el desistimiento son situaciones jurídicas del todo punto diferentes, la extinción por desistimiento del

Para alcanzar esta conclusión, la sala hace jugar tres argumentos. El primero, la imposibilidad de aplicar ya por analogía la doctrina fijada para el desistimiento durante el periodo de prueba. Una imposibilidad que deriva, como es conocido, de la aprobación del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación. Esta norma introduce significativas novedades legislativas, entre ellas y por lo que ahora importa, una matización en el artículo 14 del ET, concretamente en su apartado segundo, por la que, desde ese momento, ha de entenderse nula:

La resolución a instancia empresarial [...] en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.

La puntualización es de hondo calado, pues, como más arriba se ha indicado, los tribunales venían exigiendo, a falta de una previsión expresa en tal sentido, un panorama indiciario suficiente por el que se lograra apreciar la vulneración de derechos fundamentales para considerar la nulidad del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. La nulidad objetiva que ha venido a fijar el RDL 6/2019 es un paso más, uno no menor, para proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica frente a cualquier tipo de comportamiento discriminatorio por su estado. Lo que hace, precisamente, la STS de 11 de enero de 2022 –volviendo a poner el foco de atención, de nuevo, en las empleadas del hogar familiar– es hacerse eco de esa novedad legislativa, de paso enmendar su propia doctrina anterior (y la propia del TC) y, desde luego, eliminar de raíz cualquier intento por otro juzgado o tribunal de abogar, con base en aquella argumentación, por una nulidad distinta a la objetiva o automática.

El segundo argumento que se emplea es, si cabe, aún de mayor contundencia, pues se hace jugar el carácter supletorio de las normas estatutarias respecto al RD 1620/2011 al que alude el artículo 3 b) de esta norma. En efecto, el artículo 11.1 del RD 1620/2011, en su redacción anterior al RDL 16/2022, de 6 de septiembre, disponía que:

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá conforme a lo previsto en el presente real decreto y en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, excepto por las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que no resultan compatibles con la naturaleza de la misma.

contrato de la trabajadora del hogar familiar embarazada debe verse como uno de los despidos proscritos por aquel precepto, toda vez que la noción en sí de «despido» es un concepto amplio que acoge varias formas de extinción contractual no deseadas por la persona trabajadora y, en consecuencia, sin su consentimiento. Sobre ello y por todas, SSTJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14, Pujante Rivera) y de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09, Danosa).

En modo alguno, quedaba excluida la aplicación de la letra k) que es la que se refiere al «despido del trabajador». Y sucede que una de las normas que regulan esta institución es el artículo 55.5.2.º b) del ET que contempla la nulidad objetiva de «las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)». Si ello es así cuando de una relación ordinaria se trata, no hay motivo alguno, como bien sostenían algunas sentencias dictadas en suplicación, para no aplicar dicho precepto a la relación especial del servicio del hogar familiar, máxime cuando –y este es el tercer argumento– el sector del empleo doméstico está, como demuestran las estadísticas, fuertemente feminizado¹⁴ y en el que, en consecuencia, mayor incidencia puede tener el embarazo de la trabajadora. La protección que ahora la sala viene a dispensar debe verse, pues, como una consecuencia directamente proporcional de la necesaria perspectiva de género que ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas (arts. 4 y 15 LOIEMH)¹⁵, como un paso cualitativo más para reforzar la protección de un colectivo ya de por sí muy precarizado, especialmente vulnerable, y sobre el que pesa, en mayor medida que en ningún otro, un plus de riesgo por despido por el hecho mismo del embarazo.

Felizmente, esta doctrina judicial parece haber encontrado eco en el plano legislativo tras la aprobación del RDL 16/2022, de 6 de septiembre, pues si, como señala la nueva redacción del artículo 11.1 del RD 1620/2011, debe aplicarse, para la extinción del contrato, «la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación», parece claro que el artículo 55.5.2.º b) del ET desplegará aquí también todos sus efectos, protegiéndose *ex lege* a la trabajadora del hogar familiar embarazada frente al despido nulo. Protección, además, que incluso podría extenderse tras el alumbramiento. En efecto, los argumentos anteriormente expuestos que muy adecuadamente emplea la sala para tutelar a la trabajadora del hogar familiar embarazada pueden sin lugar a duda aplicarse a la integrante de este colectivo madre reciente que esté disfrutando o haya disfrutado de los permisos y suspensiones que contempla el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET¹⁶. La supletoriedad de la norma estatutaria y la perspectiva de género como metodología vinculante para atajar cierto tipo de discriminaciones que pesan sobre la mujer permitirían actuar, a mi modo de ver, de un manera global, integral, sobre estas situaciones, calificándose automáticamente como nulos todos aquellos desistimientos o despidos en el seno de esta relación laboral especial que incidieran en el disfrute del tiempo necesario para reponerse del hecho mismo del parto, para prevenir determinados riesgos o para, simplemente, conciliar. Lo contrario sería tanto como asignar una menor protección a la mujer que se emplee en el servicio doméstico,

¹⁴ Según datos de la Encuesta de población activa a diciembre de 2021, el 96 % de personas trabajadoras afiliadas al régimen especial del hogar familiar eran mujeres.

¹⁵ También artículo 29 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

¹⁶ A los que tiene derecho como confirma el artículo 9.6 del RD 1620/2011.

desdeñando la vigencia de los derechos fundamentales y de las exigencias conciliatorias y de la protección a la familia que emanan de la CE en un contexto ya de por sí caracterizado por una gran precariedad laboral.

Por lo demás, un último apunte a considerar. No se entra a debatir por la sentencia que declara la nulidad objetiva de este tipo de desistimientos o despidos ni la cuestión de la readmisión ni la propia de cuál haya de ser, en su caso, la indemnización a percibir. Sobre la primera, entiendo que muy acertadamente se pronunciaban las resoluciones de suplicación al eliminar de la ecuación –si se permite la expresión– la readmisión obligatoria de la trabajadora, habida cuenta de la especialidad o singularidad de esta relación laboral¹⁷. Por lo que atañe, en segundo lugar, a la indemnización a percibir, considero que la STS de 11 de enero de 2022 ha sentado, además, las bases para sostener que, a falta de readmisión, cabe proceder al pago de una indemnización calculada conforme a la fórmula del artículo 56.1 del ET. Si el embarazo determina que se aplique la regla del artículo 55.5.2.º b) del ET, ningún motivo existe, antes al contrario, para no considerar aplicables las reglas del cálculo de la indemnización que se prevén para el despido declarado improcedente. Por lo demás, y ya a mayor abundamiento, tampoco entra a discutir la sala sobre la procedencia de una posible indemnización adicional de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales anudada a la nulidad objetiva y de abono, de igual modo, automático. Sobre tal particular cuestión, se remite a lo que más tarde se comentará en el apartado correspondiente, pero cabe adelantar que el posicionamiento que aquí se va a sostener es favorable a considerar que deben entrar en juego las reglas del artículo 183.1 de la LRJS.

2.2. El disfrute de otros permisos o derechos

En otro orden de ideas, cabe hacer notar que entre el catálogo de causas de calificación de nulidad objetiva del artículo 55.5.2.º del ET no se encuentra el disfrute de otros permisos que determinan posibilidades conciliatorias y que, al tiempo, podrían afectar, en mayor o menor medida, a la regla de la no discriminación por razón de género. Me refiero, señaladamente, al disfrute de los 15 días por matrimonio, de los 2 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, del tiempo necesario para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad y del derecho de adaptación por conciliación que prevé el artículo 34.8 del ET¹⁸.

¹⁷ Algo que también refrendaría ahora la redacción del actual artículo 11.1 del RD 1620/2011.

¹⁸ No se alude aquí a los permisos por fallecimiento, traslado de domicilio habitual, cumplimiento de deberes públicos y desempeño de funciones sindicales en tanto que, como ya se ha comentado, el denominador

El hecho de que quien legisla no los haya incluido en ese listado ¿puede entenderse como un olvido intencionado? A mi modo de ver, así es, habida cuenta de las oportunidades legislativas que se han tenido para ello. Parece que, a este respecto, la voluntad legislativa es clara, por lo que habrá que concluir que, concretamente, la letra b) del artículo 55.5 del ET, segundo párrafo, presenta un *numerus clausus* en lo que se refiere a los permisos (y excedencias) que pueden motivar la nulidad objetiva del despido. Ello, además, arroja como consecuencia que no pueda desplazarse la interpretación literal de la norma por otra finalista o más tuitiva de acuerdo con los intereses en juego¹⁹. De sobra conocido es que la aplicación del aforismo *in claris non fit interpretatio* impide que se ejecute la labor interpretativa para no distorsionar ni alterar el sentido de la norma. Y, siendo esto así y habida cuenta de la precisión con la que se expresa quien legisla, debe concluirse que, por lo que atañe al segundo párrafo del artículo 55.5 del ET, tan solo cabe la pura aplicación de la norma en su dicción literal.

Ello no obsta, sin embargo, a que quien interprete la norma vaya más allá de su papel de mero constataador y acometa un ejercicio propositivo que, llegado el momento, pudiera sentar las bases para una reforma legislativa que, esta vez sí, tuviera presente, en mayor medida, la protección de los intereses conciliatorios y la proscripción de cierto tipo de discriminaciones. Esto es, precisamente, lo que ahora se pretende, pues de lo que se trata es de comprobar si el disfrute de los permisos contemplados en las letras a), b) y f) del artículo 37.3 del ET y en el artículo 34.8 del ET podría participar de la protección reforzada contra el despido que otorga la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET. Por lo pronto, ya se ha admitido la posibilidad de que el disfrute del permiso por matrimonio constituya un supuesto de despido nulo por ser una manifestación discriminatoria por razón de género cuando el anuncio de las nupcias ha determinado el cese o la extinción de la relación laboral. Así, ha sido otra vez una sentencia reciente del TS, esta vez de fecha 9 de febrero de 2022 (rec. 1871/2020), la que ha concluido que el despido de una trabajadora efectuado tras conocerse su petición a disfrutar de los 15 días de permiso ha de ser considerado nulo con base en el primer párrafo del artículo 55.5 del ET. Y ello, básicamente, por dos motivos. De un lado, porque la libre elección de estado civil entronca indefectiblemente con varios preceptos constitucionales, algunos de ellos, derechos fundamentales. Así, el

común de las causas que provocan la nulidad objetiva se encuentra en la protección de la maternidad (entendida esta en sentido amplio y en lo que ello conlleva en materia de desigualdad entre hombres y mujeres) y del cuidado de los miembros dependientes de la familia (ello con la excepción hecha, desde luego, de la protección reforzada que se dispensa, por razones más que evidentes, a las trabajadoras víctimas de violencia de género). Por el mismo motivo, en fin, se estima que un hipotético despido acaecido por el ejercicio del anunciado «permiso menstrual» tampoco habría de quedar protegido con la nulidad reforzada, lo que no obstaría a que tal cese se considerara, a mi parecer, como nulo de forma ordinaria por causa discriminatoria.

¹⁹ En contra, aunque con cautelas, Núñez-Cortés Contreras (2020).

artículo 10.1 de la CE (dignidad y libertad de las personas), el artículo 14 de la CE (igualdad y no discriminación)²⁰, el artículo 18.1 de la CE (intimidación personal y familiar) y el artículo 32 de la CE (derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio con plena igualdad). Desde este punto de vista, entonces, todo trato discriminatorio basado en el estado civil debe quedar proscrito por imperativo constitucional, lo que, además, es coherente con varias normas internacionales, entre ellas, el Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A ello hay que añadir, en segundo lugar, la circunstancia del género, porque cuando la despedida por razón de estado civil es mujer entra en juego otro agravante, el hecho de que su matrimonio puede acarrear ciertas connotaciones negativas a nivel de empleabilidad y productividad. Como recuerda la sala, el matrimonio de la mujer, históricamente, se ha asociado al surgimiento de responsabilidades y cargas familiares, porque sobre ella recae en la inmensa mayoría de ocasiones el peso de los cuidados (a descendientes y ascendientes) y el de la llevanza del hogar. Este hecho incontestable hace que, aún hoy, parece que resulte más interesante para la productividad empresarial una mujer sin ninguna carga familiar, de estado civil soltera, que otra casada, de ahí que la nulidad de su despido posea una «doble causalidad»: por género y por estado civil, esto es, por el ejercicio de un derecho anudado a la libertad y dignidad de la persona. Se apuntala, además, esta argumentación con la alusión al artículo 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; precepto que no solo garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, sino que expresamente proclama que «toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad» y, en muchas ocasiones, el matrimonio de la mujer se subsume en tal categoría.

²⁰ La argumentación de la sala es que, aunque el estado civil no se mencione como causa de discriminación en el artículo 14 de la CE, ello no quiere decir que se excluya, habida cuenta del carácter abierto de la norma. Además, para reforzar la aplicación de este artículo, se llega a remitir a la doctrina que se ha ido elaborando sobre la prohibición de toda discriminación a causa del estado civil en el contexto de las empresas con ideario (profesores de religión católica y centros de enseñanza). A mi modo de ver, sin embargo, el engarce del supuesto de hecho con la prohibición de discriminación, más en concreto, con la mención final del artículo 14 de la CE, es cuanto menos controvertido, puesto que, como se sabe, el propio TS, ya en su Sentencia de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000), había afirmado que:

La cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales [...] pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. [...] Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas.

Pues bien, si ello así aún se considera, no parece que, hoy por hoy, el matrimonio de la mujer pueda ser un factor de segregación o de diferenciación con connotaciones negativas. Ello se podría sostener en épocas ya pasadas, pero, ciertamente, no en la actualidad.

Adoptar, pues, una decisión peyorativa para quien trabaja como consecuencia de que anuncia o contrae matrimonio constituye, a tenor de esta doctrina, infligirle un trato opuesto a diversos preceptos constitucionales, señaladamente, a los artículos 10, 14 y 18 de la CE, sancionado, en el caso del despido, con la nulidad por lesión de derechos fundamentales y por causa discriminatoria si entra en juego la variable del género. Pues bien, siendo tal la interpretación judicial, cabe plantearse si sería menester dar un paso adelante más y dotar a este hecho de la suficiente entidad como para que, en una futura reforma, pudiera quedar listado como causa de nulidad objetiva. La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa. Porque una cosa es considerar que se vulneran ciertos derechos fundamentales cuando el empresario acomete una decisión de este tipo y otra muy distinta es tenerla en cuenta como una causa más de nulidad automática del despido. Y ello por dos motivos. Primero, porque lo que tienen en común los motivos de nulidad objetiva contemplados en el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET es o bien la tutela de la salud reproductiva de la mujer, o bien el cuidado, protección y tutela de miembros de la familia dependientes que generan ciertas y prolongadas necesidades conciliatorias, y ello, ciertamente, en el caso de la solicitud del permiso por matrimonio no acontece²¹. Y segundo, porque, aunque pudiera defenderse una (más que) hipotética inclusión del disfrute del permiso de la letra a) del artículo 37.3 del ET en el texto de la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET cuando quien lo ejerciera fuera una mujer, habida cuenta de aquella vinculación que se comentó más arriba entre la feminidad, el matrimonio, la maternidad y el cuidado del hogar y de la progenie, lo cierto es que ello podría provocar un efecto totalmente indeseado y ajeno a toda cobertura jurídica: la idea, equivocada, de que, en lo que a permiso por matrimonio se refiere, debe asegurarse a la mujer que lo ejercita una mayor protección frente al despido que al hombre que también haya tomado la decisión de contraer nupcias. No creo que pueda existir suficiente argumentación para sostener esta pretensión²². Bien es verdad que el género afecta a la empleabilidad, a la carrera profesional, a los ingresos incluso y a la permanencia en el puesto de trabajo, pero no entiendo que pueda o deba inferirse de ahí una mayor tutela frente a la extinción del contrato cuando quien hace uso del permiso por matrimonio es una mujer. El disfrute de este permiso, a los efectos que ahora interesa, debe ser neutro y, si es el caso, dar pie a la nulidad del despido en virtud del primer párrafo del artículo 55.5 del ET, pero no más. Ninguna explicación constitucional y jurídicamente solvente podría encontrarse a la exclusión de los trabajadores varones que hacen uso del permiso por matrimonio de la protección que brinda la nulidad objetiva.

Más discutible puede ser, por otro lado, la no inclusión del permiso de 2 días por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización en el listado de causas que determinan la nulidad objetiva del despido. A fin de cuentas, de lo que se trata aquí es de prestar ciertos cuidados a determinados familiares dependientes,

²¹ Como es conocido, su finalidad no es otra que la de facilitar la transición de un estado civil a otro, concediéndose, para ello, un determinado lapso temporal para atender las necesidades que rodean a ese cambio.

²² Aunque por otro motivo, también sustenta este planteamiento García Murcia (2022, p. 9).

algo que, *a priori*, encaja con la filosofía que impregna el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET. No obstante, ninguna norma europea obliga a que este permiso por infortunios familiares deba recibir tal protección. A todo lo más que se llega es a que el artículo 11 de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, contemple la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado» de alguno de los permisos o derechos que contempla, entre ellos y por lo que ahora importa, aquellos que comportan un tiempo de ausencia al trabajo «por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador». Entre esas medidas, bien puede figurar la nulidad por causa discriminatoria cuando el despido se fundamente en el ejercicio del permiso que contempla la letra b) del artículo 37.3 del ET, pero de ahí no cabría inferir la extensión de la protección reforzada que otorga el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET.

Ciertamente, a esta argumentación nada habría que objetar desde el punto de vista del cumplimiento de las normas europeas; con todo, me planteo si no es posible ver el asunto desde otra perspectiva. Una que engarce con los cuidados, el género (por ese rol de cuidadora que, como ya se ha indicado, se le atribuye a la mujer), la conciliación, la corresponsabilidad y, al límite, la protección de la familia. Si el *modus operandi* de quien legisla ha sido asegurar al disfrute de determinados derechos en materia de conciliación una protección reforzada frente al despido para evitar cierto tipo de discriminaciones, bien podría defenderse un posicionamiento por el que a este permiso por infortunios familiares se le otorgara una mejor protección contra la decisión extintiva empresarial, superando, incluso, a la prevista en la Directiva 2019/1158. Con ello se evitaría, de un lado, que existieran derechos de conciliación de primera y de segunda categoría, si se permite la expresión, derechos cuya tutela viene determinada simplemente por el acaecimiento del hecho causante y derechos que, para los mismos efectos, requieren de la demostración por parte de la persona trabajadora de un panorama indiciario. Pero también, y de otro lado, se evitaría que no aparecieran espacios de impunidad precisamente por el hecho de que quien juzga no considere suficientes los indicios aportados al proceso. A mayor abundamiento, debe admitirse que, aunque la configuración de este permiso (de corta duración y para asistir a ciertos parientes en momentos puntuales y muy concretos en el tiempo) puede suponer que raras veces acontecerá el despido, este sí puede llegar a producirse. De hecho, fácilmente puede pensarse en situaciones en las que la enfermedad de una persona de la familia, pese a estar estabilizada, ocasione varios procesos puntuales de gravedad, de hospitalización o de intervenciones quirúrgicas, por lo que la persona trabajadora se vería obligada a solicitar este permiso, de forma sucesiva, para proporcionar los debidos cuidados²³. Evidentemente, si

²³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005 (rec. 14/2005) y Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 de agosto de 1983. En contra, STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2016 (rec. 554/2016).

esta prolongación en el tiempo aconteciera, la persona trabajadora se colocaría en una situación cuanto menos proclive a su despido, habida cuenta de la disfuncionalidad organizativa, productiva o económica que ello generaría en la empresa. Y si esto puede producirse, mal puede entenderse que se salvaguarden con una protección reforzada unos derechos destinados a conciliar la vida familiar con la laboral y otros no.

Los mismos argumentos empleados anteriormente pueden utilizarse, también, para abogar por que el disfrute del derecho de adaptación por conciliación que contempla el artículo 34.8 del ET motive la nulidad objetiva del despido, aun cuando la Directiva 2019/1158 tampoco lo contemple²⁴. Es más, incluso muy fácilmente es posible aportar otro adicional. Porque téngase en cuenta que los derechos en materia de conciliación cuyo ejercicio podría motivar un despido nulo de forma automática son los denominados «derechos de ausencia», es decir, aquellos que suponen que la persona trabajadora deje de prestar servicios para atender a las labores de cuidado. Por el contrario, el derecho de adaptación del artículo 34.8 del ET, siendo un derecho en materia de conciliación capaz de conseguir un menor presentismo, que, por ello, permite conjugar de mejor forma la esfera familiar con la laboral y que, además, obstaculiza de una forma óptima que aumente la brecha de género, no goza, paradójicamente, de idéntica protección. De nuevo aparece aquí el argumento de la doble tipología de derechos en materia de conciliación, de primera y de segunda categoría, pero, esta vez, entre los derechos de ausencia y los de presencia, cuando el ejercicio de ambos puede provocar serias reticencias en el empresario. Si se quiere avanzar hacia un panorama que favorezca la conciliación y la corresponsabilidad, que proteja de forma eficaz y eficiente a la familia, que ensalce la tan necesaria labor de cuidados y que, además de todo ello, logre conseguir un mayor vínculo o compromiso de la persona trabajadora con los objetivos empresariales, se debe apostar por dar un mayor impulso a esas políticas que se han venido en denominar de *work life balance*, presididas por el postulado del trabajo decente, que es, precisamente, uno de los objetivos de la Agenda 2030 (Rodríguez Escanciano, 2020, p. 1.666). Siguiendo la línea marcada por esta senda se encuentra la modificación legislativa por la que desde estas páginas se apuesta, que debe ir más allá para tener en cuenta, también, el recurso a los derechos conciliatorios de presencia y tutelar, en consecuencia, a la persona trabajadora con la protección más enérgica que supone la nulidad objetiva frente a cualquier extinción del contrato tomada a consecuencia de la solicitud de adaptación o, incluso, del ejercicio de la misma (Igartua Miró, 2019).

²⁴ El artículo 12 de la norma europea prevé que:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 9.

El último precepto mencionado en este artículo contempla las fórmulas de trabajo flexibles. Por lo tanto, parece que solo el tiempo de ausencia en el ámbito de estas fórmulas quedaría protegido frente al despido.

Menos dudas –de hecho, ninguna– debería plantear la incorporación en el listado del artículo 55.5.2.º b) del ET del permiso para personas cuidadoras ya anunciado, pero aún no plasmado en norma interna alguna. Cabe recordar que este permiso lo incorpora por vez primera la Directiva 2019/1158. Así, su artículo 6 contempla la obligación de los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de 5 días laborables al año por trabajador». En nuestro país, el Ejecutivo español ya lo ha anunciado como parte de una nueva ley sobre familias y, si este anuncio realmente llega a trasladarse al plano legislativo y no se queda en papel mojado o en un simple eslogan –si se permite la expresión–, creo que lo correcto, desde el plano jurídico, sería que la incorporación de este nuevo permiso en el texto del ET implicara de suyo una modificación de la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET para integrarlo como causa que puede dar origen a la nulidad objetiva del despido. Algo que avalaría no solo el variado argumentario que más arriba se ha empleado, sino también el artículo 12 de la directiva antes citada; precepto que, como se ha tenido oportunidad de comentar²⁵, proscribía toda extinción contractual por el hecho de haber solicitado o disfrutado de uno de los permisos o derechos que contempla, entre ellos y por lo que ahora importa, el del artículo 6, justamente el permiso para personas cuidadoras.

Quien bien haya seguido el razonamiento se habrá dado cuenta, ya a estas alturas, de que, desde estas páginas, se apuesta por una protección reforzada en bloque de los derechos de conciliación. Exigencias constitucionales e, incluso, europeas avalarían este posicionamiento, pero también la cada vez más imperiosa necesidad de focalizar la atención debida en el trabajo de los cuidados (de personas de corta edad, pero también longevas) y de tener en cuenta el rol que principalmente asume la mujer en esa tarea. Además, y aunque ello suponga reforzar una medida sancionatoria, no se puede negar la repercusión que tal modificación podría tener para, de un lado, cambiar cierta cultura empresarial basada en la consecución de objetivos y en apartar a quienes, por tener a quien cuidar, no pueden lograr esa meta y, de otro, generar un mayor compromiso con los objetivos empresariales, algo que enlazaría con esa meta del trabajo decente a la que anteriormente se ha hecho referencia.

Restaría por analizar, en fin, para completar esta visión que aquí se ofrece, la posibilidad de incorporar al listado de causas que provocan la nulidad objetiva del despido el disfrute del permiso contemplado en la letra f) del artículo 37.3 del ET, esto es, el permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad. Ciertamente, no parece tener mucho sentido que el primero, el relacionado con el embarazo, tenga que incorporarse a la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET, puesto que, a la postre, un despido acaecido por el disfrute de este derecho sería un despido nulo de forma automática por afectar a la mujer embarazada.

²⁵ Vid. nota anterior.

A estos efectos, no está de más recordar que se ampara el hecho biológico del embarazo desde su inicio hasta el comienzo de la suspensión por nacimiento de hijo, por lo que a la trabajadora gestante ya se la está tutelando. Ninguna protección adicional sería menester dispensarle cuando hace uso del permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto. Esta misma cobertura, sin embargo, no la tiene quien solicita el permiso para el caso de adopción.

En efecto, cuando de la maternidad biológica se trata, el permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto tutela el proceso mismo de la gestación, que obviamente solo tiene lugar en la trabajadora embarazada, a la cual el ET ya ampara frente al despido. Pero, cuando de la maternidad o paternidad adoptiva se trata (entiéndase «adoptiva» en sentido amplio), ello no acontece, cierto, pero sí existe un momento previo en el que la persona trabajadora ha de cumplir con toda una serie de formalidades (visitas, entrevistas, asistencia a cursos) que, si todo sale bien, culminarán en una resolución administrativa o judicial que determinará el inicio del correspondiente periodo de suspensión. Para permitir a quien trabaja realizar todo ese *iter* burocrático se adiciona a la letra f) del artículo 37.3 del ET el permiso para acudir a todas las sesiones de información y preparación correspondientes. Ocurre, no obstante, que esas ausencias al trabajo pueden, a la postre, ocasionar un cierto riesgo de despido, tanto por el desajuste organizativo al que tal vez aboque a la empresa como por lo que significa prepararse para una adopción, guarda o acogimiento, esto es, tener a otra persona al cuidado con todo lo que ello comporta. Porque ello puede acontecer, no estaría de más que quedara claramente establecida la nulidad objetiva del despido cuando se solicita o se está disfrutando del permiso en caso de adopción. La inseguridad quedaría, en cierto modo, conjurada y no se dejarían espacios de impunidad que terminarían por limitar el alcance del derecho.

2.3. Las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro*

Finalmente, y en otro orden de ideas, cabe plantearse si el cese de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* podría formar parte del elenco de causas que conforman la nulidad objetiva del despido. A este respecto, es obvio reconocer que no hay norma europea alguna que tutele con tal protección reforzada este estadio. Lo que se protege con estricta observancia es el embarazo en sí, desde que comienza hasta que se produce el alumbramiento e, incluso, más allá, al blindarse frente al despido al progenitor o a la progenitora recientes cuando hacen uso de su derecho a suspender el contrato por nacimiento de hijo. Sobre eso, se pronunció ya en su momento la STJUE de 26 de febrero de 2008 (asunto C-506/06, Mayr), que declaró que la protección reforzada frente al despido no se aplica:

[...] a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de

esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero estos no han sido aún transferidos al útero de esta mujer.

Y ello, entre otros motivos, por la posibilidad de conservar los óvulos fecundados durante, en ocasiones, años. Porque, según el tribunal, este hecho podría tener «el efecto de conceder el beneficio de la protección reforzada contra el despido aun cuando la transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella». No obstante, lo anterior no impediría, también al decir de la Gran Sala, que la trabajadora pudiera eventualmente acogerse a la protección contra la discriminación por razón de sexo. Así, en la medida en que se demostrara que el despido se basa «esencialmente» en el hecho de que la trabajadora se ha sometido a tal tratamiento –al cual solo ella, por motivos obvios, puede someterse– y se encuentra en una fase avanzada del mismo (entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero), ese despido habría de ser calificado como nulo por discriminatorio por razón de sexo.

En nuestro país, sin embargo, esta doctrina del despido discriminatorio por razón de género ha sido acogida de forma irregular en sede judicial. Así, es posible encontrar resoluciones en las que se declara no la nulidad, sino, más bien, la improcedencia del cese, bien por el hecho de que no se ha demostrado el suficiente panorama indiciario²⁶, o bien porque ni siquiera se ha considerado aplicable la regla de la inversión de la carga de la prueba²⁷. Otras resoluciones, sin embargo, apuestan por poner en valor la probabilidad de embarazo y engarzar ahí la nulidad del despido con base en la discriminación por razón de género. Por decirlo de otro modo, según estas sentencias es obvio que quien se somete a un tratamiento de fecundación *in vitro* no está en situación de embarazo, pero es probable que lo

²⁶ STSJ de Canarias/Las Palmas de 11 de diciembre de 2019 (rec. 974/2019).

²⁷ Señala la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 28 de septiembre de 2010 (rec. 277/2010) que ello debe entenderse así porque el Tribunal de Justicia:

[...] no establece –como parece en una lectura apresurada– que sea contrario a la Directiva 76/207 el que se despidan a una trabajadora en tratamiento de fertilidad antes de la implantación del embrión en el útero (por su condición de mujer y no por su condición de embarazada), sino que lo que establece es que eso será así «en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada está sometida a tal tratamiento» [...]. Por tanto, es necesario acreditar que el despido se basa «esencialmente» (es decir, que no es un elemento secundario o coadyuvante) en el hecho de que la trabajadora está sometida a tratamiento de fertilidad. Y, tal condicionante no implica, dados sus claros términos, que se produzca inversión alguna de la carga de la prueba [...], porque, de hacerlo, se estaría utilizando selectivamente, para conseguir el fin propuesto (la nulidad del despido) una doctrina comunitaria en lo que interesa, pero soslayando su difícil condicionante («que se demuestre que ese despido se basa esencialmente en el hecho del tratamiento»).

Con base en ello, se declara la improcedencia del despido efectuado, porque no se logra demostrar que el cese «se basara "esencialmente" (ni siquiera secundariamente) en este hecho».

esté si ese tratamiento prospera. Y, si ello es así, su despido en tal situación «puede considerarse discriminatorio por razón de género, pues el embarazo que se pretende es una circunstancia biológica exclusiva de la mujer», suficiente para invertir la carga de la prueba, y ello con independencia del conocimiento o no de tal circunstancia por la empresa²⁸. Por lo demás, otro conjunto de sentencias no otorga la protección que ofrece la nulidad (y confirman, por ende, la procedencia del cese) al no haberse procedido, en el momento del despido, a la transferencia del óvulo fecundado al útero de la mujer²⁹. La problemática concluye, finalmente, con la STS de 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015), que declara la nulidad del despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* cuando aún no se había producido la implantación. Pero ello no por la vía de asimilar esta circunstancia a la propia del embarazo –ya que ello no es acorde con el derecho de la Unión–, sino, más bien, por entender que se ha producido una discriminación por razón de sexo, habida cuenta de que el tratamiento en cuestión solo puede llevarse a efecto en el cuerpo de la mujer. Consecuencia de ello es que se invierta, en estos casos, la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa acreditar que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada.

Siendo, pues, tal la doctrina del TS, cabe plantearse si existen motivos para cuestionarla, esto es, para abogar por que una futura reforma estatutaria se plantee la necesidad de entender que el despido de la trabajadora que se encuentra en fases muy avanzadas del tratamiento de fecundación *in vitro* debe formar parte del elenco de causas que conforman la nulidad objetiva. ¿Podría, de nuevo, ser este un caso en que la norma española superara los estándares mínimos de protección que ofrecen las normas europeas, en particular, el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE? A mi modo de ver, no. Ciertamente es que, entre la doctrina, hay quien ha pretendido situar el valor de la procreación en el centro de la protección que dispensa aquel precepto, más allá del proceso, natural o artificial, que lleve a esa meta (Gutiérrez-Solar Calvo, 2008, p. 3). Según esta línea interpretativa, no solo el embarazo, sino todo el proceso mismo que conduce a la gestación de un niño o una niña, se desarrollara este de modo natural o con ayuda médica, habría de quedar protegido de forma reforzada frente al despido. Incluso se ha argumentado, para apuntalar esta idea, que no extender la protección por embarazo a supuestos como el que nos ocupa podría asemejarse a no proteger con la garantía de indemnidad a quien anuncia una inminente demanda por despido (Tarabini-Castellani Aznar, 2011, p. 3). No obstante, con ser estos argumentos del todo punto sugerentes y muy atractivos por todo lo que supondrían para la defensa del hecho mismo de la maternidad, no creo, a mi modo de ver, que puedan sostenerse. Y ello, básicamente,

²⁸ SSTSJ de Cataluña de 5 de abril de 2019 (rec. 30/2019), de 19 de noviembre de 2015 (rec. 4499/2015) y de 17 de octubre de 2002 (rec. 4431/2002), y de Madrid de 17 de julio de 2015 (rec. 183/2015) y de 9 de octubre de 2008 (rec. 3842/2008).

²⁹ SSTSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2013 (rec. 6182/2012) y de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 19 de octubre de 2009 (rec. 499/2009).

por propia reducción al absurdo. Porque, si se piensa, otorgar una protección reforzada contra el despido a la trabajadora que se encuentra en fases avanzadas de su tratamiento de fecundación sería tanto como proteger la fertilidad, se logre esta tanto de modo artificial como natural. Y, mirada la cuestión desde este ángulo, ello conduciría, al límite, a declarar nulo de forma automática el despido de cualquier trabajadora por el mero hecho de que su condición de mujer la hace ser capaz de concebir y de lograr el embarazo. Pero, es más, incluso se llegaría al extremo de declarar nulo también de forma automática el despido de todo trabajador varón, puesto que, sin él, no puede existir fecundación, ni, por lo tanto, probabilidad de embarazo³⁰.

Por lo tanto y a mi juicio, una cosa es que deban buscarse fórmulas para desterrar ciertos perjuicios empresariales a la hora de contratar mujeres por su capacidad para convertirse en madres, por ende, en cuidadoras y, por lo tanto, en personas que van a tener que hacer uso de los derechos de conciliación que se plasman en el ET, con todo lo que ello implica a nivel de organización y productividad en la empresa, y otra muy distinta es intentar sobrepasar los límites de una protección normativa que puede calificarse, en este punto, de cabal y mesurada, desbordándola hasta llegar a resquebrajar el (delicado) equilibrio en el que se encuentran los poderes empresariales y los derechos de quienes prestan servicios en la organización.

3. Las garantías frente al despido nulo de forma automática

3.1. La extensión de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados del artículo 183 de la LRJS

Como se dijo en la parte introductoria de este trabajo, son dos los frentes abiertos que planean sobre la nulidad objetiva del despido. Uno, el de su alcance subjetivo, que es el que acaba de analizarse. Otro, que es el que ahora interesa, el de sus consecuencias. Porque, como bien se conoce, a la nulidad le sigue la readmisión y el abono de los salarios de tramitación. Pero ¿puede haber algo más?, ¿alguna otra consecuencia cuando de la nulidad objetiva se trata? La pregunta no es en modo alguno ociosa. Primero, porque, de ofrecer una respuesta afirmativa, el coste económico de este tipo de despidos se incrementaría considerablemente. Y, segundo, porque existe ya una regla que ampara el pago de una indemnización de tal calibre cuando de la nulidad discriminatoria se trata (art. 183 LRJS) y,

³⁰ Y lo mismo cabría argumentar cuando, en vez de la búsqueda del embarazo, se planeara la adopción, el acogimiento o la guarda. Se llegaría al extremo, totalmente absurdo, de que el despido se declarara nulo de forma automática simplemente por el hecho de que la persona trabajadora, ya fuese hombre o mujer, cumpliera con los requisitos exigidos legalmente para adoptar, acoger o proceder a la guarda del menor.

siendo esto así y al menos *a priori*, parece que no exista fundamento suficiente alguno para negar el reconocimiento de una indemnización cuando la nulidad del despido proviene de conductas empresariales de gravedad cualificada a las que quien legisla ha tenido a bien otorgarles un tratamiento procesal más favorable.

La controversia se ha suscitado en el marco de la nulidad objetiva por razón de embarazo de la trabajadora no conocido por la parte empresarial. Los posicionamientos se dividen en dos. Así, existen, por un lado, resoluciones judiciales que niegan que este supuesto de nulidad objetiva deba llevar aparejado de forma automática un resarcimiento económico más allá de la readmisión y del abono de los salarios de tramitación, porque esto solo acontecería cuando se demostrara, de forma adicional, la existencia de discriminación. Es decir, que no bastaría, para que se generara el derecho al percibo de una indemnización, que quedara acreditado el hecho mismo del embarazo, sino que, además, sería necesaria la prueba de que existe un suficiente panorama indiciario de discriminación³¹, y, en este sentido, se hace jugar cierta doctrina constitucional según la cual:

[...] el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (STC 92/2008, de 21 de julio)³².

Se refuerza, además, este modo de entender la problemática con el argumento de que la vulneración de un derecho fundamental requiere de un ánimo voluntario y culposo por parte de quien infringe el mandato; cosa que no puede ocurrir cuando el embarazo no es conocido por el empresario³³.

³¹ De este modo, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de noviembre de 2015 (rec. 2005/2015) dispone, para el caso enjuiciado, que:

[...] el despido en este caso es nulo no por la mera aplicación de la norma objetiva del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino porque, aunque tal norma no existiera, la situación de baja por embarazo o maternidad produce un panorama indiciario de que un despido en tal situación puede tener relación con tal circunstancia y ello obliga al empresario a acreditar que su motivación ha sido ajena a tal finalidad, incluida la prueba, en su caso, de que desconociera tal circunstancia. Por tanto, el despido era nulo en este caso no solamente por aplicación de la norma objetiva, sino por considerarse acreditada discriminación ilícita con base en las normas aplicables a la valoración de la carga de la prueba. Por consiguiente, existe vulneración de derechos fundamentales y procede la indemnización por tal causa.

Sobre ello, también, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de julio de 2013 (rec. 1171/2013).

³² Con todo, la lectura de esta sentencia debe realizarse de forma cautelosa para los efectos que ahora interesan, pues en ella se juzgaba un despido que se había acometido en un momento previo a la introducción en el texto estatutario de la nulidad objetiva.

³³ Así, la STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2021 (rec. 1926/2021) dispone que:

[...] declarada la nulidad automática del despido, la falta de prueba del conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora impide que haya incurrido en violación

Más favorables son, por su parte, otras resoluciones judiciales que abogan por la automaticidad de la indemnización³⁴. Así, se entiende que si de lo que se trata es de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria por discriminación, dispensando a la persona trabajadora de la carga de acreditar un panorama indiciario sobre la vulneración del derecho fundamental y eximiéndola, incluso, de probar que el empresario tenía conocimiento de la circunstancia del embarazo, lo lógico es entender también que la automaticidad se extiende incluso al abono de una indemnización por los daños y perjuicios que se hubiesen podido padecer. Y todo ello al margen de que «existan o no indicios de tratamiento discriminatorio, de que concurra o no un móvil de discriminación o incluso de que no tuviera conocimiento la empresa». No sería relevante, pues, acreditar un perjuicio específico sobre el que apuntalar la condena indemnizatoria, puesto que este se presumiría en todo caso. Y, en cuanto al argumento del ánimo culposo al que anteriormente se hacía referencia, este se ha contrarrestado sosteniendo que «reiterada doctrina constitucional establece que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales (SSTC 225/2001 y 74/2008)» (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 9 de diciembre de 2019, rec. 407/2019).

Todo está a la espera, pues, de un pronunciamiento en unificación de doctrina del TS que resuelva la controversia. Hasta que este llegue, evidentemente no se puede hacer más que posicionarse en un extremo o en otro de la balanza. Y, a mi modo de ver, creo que no es difícil escoger. En efecto, volviendo a poner el foco de atención en la totalidad de los supuestos contemplados en las letras a), b) y c) del artículo 55.5.2.º del ET y no solo en la situación protegida del embarazo de la trabajadora, no puede negarse la mayor: quien legisla ha optado por que determinadas conductas empresariales, en tanto que afectan a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, a la conciliación, a la responsabilidad y, al límite, a la protección a la familia, deben sancionarse con un mecanismo de acción positiva, en este caso, con un tipo de nulidad, la objetiva, que ofrece un estatus de protección más ventajoso a la persona trabajadora que la nulidad ordinaria. Pues bien, si ello es así, cabalmente no puede pensarse que la persona despedida obtenga por la nulidad de tipo discriminatorio una indemnización destinada a reparar el daño que la conducta ilícita empresarial ha generado y, sin embargo, en la nulidad objetiva, la que ofrece una protección de más alto nivel, no la consiga. O, por mostrarlo con un ejemplo, en idéntica situación de discriminación por razón de género se encuentra una trabajadora despedida por someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro* que otra que ha visto extinguido su contrato por

del derecho fundamental a no discriminación por razón de sexo contemplado en el artículo 14 de la CE y, en consecuencia, que proceda la condena a indemnización de los daños y perjuicios morales que realiza la sentencia, ya que la infracción del derecho fundamental ha de ser voluntaria y culpable, y únicamente cabe condena a indemnización de daños y perjuicios, según el artículo 183 de la LRJS, cuando la sentencia declare la vulneración del derecho fundamental, que en este caso concreto no ha resultado acreditado.

³⁴ SSTSJ de Galicia de 7 de mayo de 2021 (rec. 1216/2021), de Madrid de 18 de junio de 2021 (rec. 286/2021) y del País Vasco de 12 de junio de 2018 (rec. 1028/2018).

razón de su embarazo. No hay motivo alguno para ofrecerle a la primera una indemnización que le repare los daños ocasionados y negársela a la segunda³⁵, cuando de la misma discriminación y de los mismos perjuicios se trata. Además, y a la postre, el mensaje que se le transmite al empresario es muy distorsionador: se le dice que, aunque procesalmente la nulidad objetiva le suponga un inconveniente, la extinción le saldrá más a cuenta, puesto que tan solo deberá abonar los salarios de trámite. Y no parece, ciertamente, que esta consideración sea la más adecuada de sostener en atención a los intereses que están en juego.

Por lo tanto, en mi opinión, la clave de la cuestión radica en entender que el acto ilícito del empresario genera, *per se* y con independencia de cualquier intencionalidad, una vulneración a determinados valores constitucionales³⁶ e, incluso, europeos³⁷ que debe repararse más allá de lo que simplemente dispone el artículo 55.6 del ET. El artículo 183 de la LRJS debería ser de aplicación también en estos casos y no restringirse a aquellos en los que se declare que existe una situación de discriminación real y concreta probada por un suficiente panorama indiciario. Por ello, una futura decisión del TS o una eventual modificación legislativa deberían ir en este sentido y aclarar que el hecho generador de la nulidad (el embarazo o el disfrute de ciertos derechos preventivos o en materia de conciliación) debe determinar, en buena lógica, no solo que se declare de forma automática la nulidad del despido, sino también que proceda, de modo igualmente mecánico, el abono de una indemnización que compense por la vulneración acaecida y que disuada en cierta forma al empresario de tomar este tipo de decisiones. Y ello, claro está, salvo que quede demostrada la procedencia del despido (García Rubio, 2020, p. 30). Otra solución sería, como bien se ha señalado por las resoluciones dictadas en suplicación que se muestran favorables a esta interpretación, «difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado» (STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021, rec. 286/2021), además de suponer que se rebaje una cuestión que, ya se

³⁵ Aun cuando el embarazo no sea conocido por el empresario, porque esta circunstancia podría modular a la baja la indemnización, pero no eliminarla de raíz (Molina Navarrete, 2019, p. 66). En sentido contrario, López Terrada (2020, p. 35).

³⁶ No es ocioso recordar aquí la doctrina sentada por la STC 3/2007, de 15 de enero, sobre el valor interpretativo de la dimensión constitucional de las medidas conciliatorias. Así, se señala en esta resolución que:

[...] la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento.

³⁷ Artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ha visto, tiene un evidente encaje constitucional a un tema de mera legalidad ordinaria (Molina Navarrete, 2018, p. 139).

Así las cosas, creo que es obligado concluir que la readmisión, junto con el abono de los salarios dejados de percibir, no constituye reparación suficiente que pueda compensar por los daños derivados de la decisión empresarial que judicialmente se califica con la nulidad objetiva³⁸. A partir de aquí, no obstante, surgen dos preguntas que, evidentemente, también deben encontrar respuesta. De un lado, cómo haya de cuantificarse tal indemnización y, de otro, si tal monto forma parte o no de la tutela preventiva a la que alude la STJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porrás Guisado). A esta segunda cuestión, por su especificidad, se ofrecerá la oportuna contestación acto seguido, en el epígrafe siguiente; ahora baste con señalar, por lo que al cálculo de la indemnización se refiere, que este dependerá, desde luego, de los daños materiales que se hayan ocasionado, que habrán de demostrarse conforme a las vías tradicionales. Pero, de igual modo, también dependerá de los daños morales –que se entienden indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental–³⁹ y estos son más difíciles de cuantificar. Con todo, parece que, en estos momentos, se encuentra asentada la doctrina judicial⁴⁰ que considera aplicable el régimen de sanciones que prevé la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) (arts. 8.2 y 40.1 c)⁴¹, pero teniendo en cuenta, para realizar una valoración en su conjunto, aspectos tales como la antigüedad de la persona trabajadora, la persistencia temporal de la vulneración del derecho o la intensidad en su quebrantamiento, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros⁴².

³⁸ Del mismo parecer, Beltran de Heredia Ruiz (2018).

³⁹ Aun cuando en la demanda no se hayan llegado a concretar los parámetros necesarios para cuantificar el importe (SSTS de 23 de febrero de 2022, rec. 4322/2019, y de 9 de marzo de 2022, rec. 2269/2019).

⁴⁰ A modo de ejemplo, STC 246/2006, de 24 de julio, SSTS de 23 de febrero de 2022 (rec. 4322/2019) y de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015), y STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2021 (rec. 1216/2021).

⁴¹ Como se conoce, el artículo 8.12 de la LISOS contempla como infracción muy grave:

Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

⁴² STS de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019).

3.2. La tutela preventiva derivada de la STJUE de 22 de febrero de 2018: ¿forma parte la indemnización de la misma?, ¿qué otros posibles contenidos puede albergar?

Como anteriormente se decía, el hecho de que se apueste por anular al despido por nulidad objetiva una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados conduce a plantearse, también, si tal monto económico forma parte o no de esa tutela preventiva a la que alude la STJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porras Guisado) cuando se refiere al despido de la trabajadora embarazada o madre reciente. Y, en mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. En esta resolución, si se recuerda, el TJUE llega a afirmar que la protección frente al despido que dispensa el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE se divide en dos: por un lado, la protección contra el cese en sí mismo considerado, y ello con carácter preventivo, y, por otro, la protección contra las consecuencias del despido en concepto de reparación. Así, la trasposición correcta del mencionado artículo obligaría a los Estados miembros a ofrecer esta doble protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, y no limitarse –como sería el caso del Estado español, al decir del tribunal– a «establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado». La tutela reparadora consistente en «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 lo que –se concluye–:

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.

La lectura de esta sentencia obliga, en línea de principio, a entender que una cosa es adoptar medidas para que el hecho mismo del despido no se produzca (tutela *ex ante* o preventiva) y otra muy distinta, aunque ligada a ella, es que, una vez cometido el hecho ilícito, este origine una serie de consecuencias cuya finalidad última sea la reparación por los daños ocasionados (tutela *ex post*). La readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir forman parte de la reparación, desde luego, pero también el pago de la indemnización por la que desde este trabajo se aboga en tanto que, a fin de cuentas, de no haberse cometido el acto ilícito del despido, ninguna vulneración de derechos fundamentales habría acontecido y ninguna medida resarcitoria tendría que haberse activado⁴³. Puede oponerse, no obstante, que la indemnización del artículo 183 de la LRJS también cumple, como indica

⁴³ En esta línea, también Fernández Avilés (2018, p. 157).

el propio texto normativo, una función disuasoria o preventiva. Y ello es cierto, porque si la vulneración de un derecho fundamental no implica perjuicio patrimonial alguno para el culpable de la lesión, este se verá animado a cometerla de nuevo, lesionando, otra vez, el derecho fundamental de que se trate. A la luz de esta interpretación, la crítica a la STJUE es fácil acometerla, puesto que instrumentos existirían en el derecho interno para prevenir el despido de las trabajadoras embarazadas o de parto reciente, siendo uno de ellos esta indemnización del artículo 183 de la LRJS (Molina Navarrete, 2018, p. 141). Con todo, dos argumentos pueden barajarse para contrarrestar este posicionamiento. Primero, que la indemnización forma parte, aun con todo, de la tutela *ex post* a la que anteriormente se aludía (procede el pago de la indemnización, porque la vulneración ha implicado la nulidad de un despido que previamente se había cometido). Segundo, que la tutela preventiva a la que hace referencia la sentencia Porrás Guisado bien puede ser otra distinta.

Y es que estamos acostumbrados, especialmente en los últimos tiempos, a convenir que la indemnización por despido –ya sea por despido improcedente, ya sea por lesión de derechos fundamentales– debe tener un cierto componente disuasorio que pueda ser capaz de prevenir conductas ilícitas futuras. Por ello, es sencillo concluir, tras una primera lectura de la sentencia europea, que el monto indemnizatorio forma parte *per se* de la tutela preventiva. No obstante, parece que ello no es lo que quiere decir tal resolución. Lo que se sugeriría⁴⁴ es la necesidad de proyectar la tutela preventiva sobre el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, muy distinto, por lo tanto y en puridad, al ámbito o al entorno que surge a raíz de una discriminación. De este modo, se conectaría la Directiva 92/85/CEE, que –debe recordarse– tiene como finalidad 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 lactancia⁴⁵, con los riesgos que:

[...] un posible despido supone para el estado físico y psíquico [de estas trabajadoras], incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo [...]. [Es por ello por lo que] el legislador de la Unión ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido⁴⁶ 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.

⁴⁴ STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015).

⁴⁵ No cabe olvidar, no obstante, que el propósito de esta directiva no se agota en el ámbito de la seguridad y salud laboral, porque también trata de garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no sean motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras en este estado (Fernández López, 2005, p. 18).

⁴⁶ E, incluso, actos preparatorios del mismo (STJUE de 11 de octubre de 2017, asunto C-460/06, Paquay).

Resituando, pues, el foco de atención en la legislación de prevención, se trataría de conjurar, *ex ante*, los específicos riesgos (trastornos físicos, pero también en la psique, como el miedo, el estrés, la ansiedad o las inseguridades) que la «contingencia» de una decisión extintiva empresarial ocasiona en el ánimo de una trabajadora embarazada o de parto reciente; riesgos que, al decir de la sentencia europea, siempre existirán. Desde este punto de vista, entonces, cierto es que cabría entender que la protección que se dispensa por la legislación estatutaria frente al despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia es fragmentaria al no tener en cuenta más que el resarcimiento por el despido ilícito. No habría, en este sentido, tutela preventiva alguna en el ordenamiento español. En la norma laboral no se encuentra, no existe como tal, una prohibición, directa, de despedir a estas trabajadoras. Tampoco en la LISOS, en donde recuérdese que se contempla (y no es poco) como infracción muy grave aquella sobre la discriminación (art. 8.12 LISOS). Esta infracción, junto con su correspondiente sanción, puede servir, ciertamente y como se dijo, para cuantificar el importe de la indemnización a percibir cuando ya se ha cometido el despido, pero no parece tener la fuerza jurídica suficiente para prevenirlo o, al menos, no de la manera en la que lo requiere la sentencia Porrás Guisado.

Por lo tanto, tal vez sea el momento de explorar la posibilidad de instaurar concretas medidas para evitar, *ab initio* y del modo en que lo requiere la sentencia europea, que el despido se produzca⁴⁷. Y lo primero que podría plantearse es que quien legisla previera, tal vez en el texto del artículo 49 del ET, una concreta prohibición de despedir a las trabajadoras durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final de la suspensión por maternidad (adopción, acogimiento o guarda, por asimilación), atendiendo a lo que indica el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE y que, incluso, superando los estándares mínimos de protección que esta marca, podría extenderse a los trabajadores varones que ejercitaran los derechos de conciliación en coherencia con lo que prevé el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET⁴⁸. Esta medida complementaría lo dispuesto en el citado precepto estatutario, que quedaría como mecanismo de salvaguarda por si el despido finalmente se produjera y hubiera de calificarse como nulo de forma automática. Eso sí, esta prohibición no sería en modo alguno absoluta o ilimitada (bien entendido, ninguna prohibición lo puede ser), sino que estaría condicionada por la existencia de razones justificativas que avalasen, aun en estos supuestos, la toma de la decisión extintiva, como bien apunta el TJUE en consonancia con el artículo 10 de la directiva antes mencionada.

⁴⁷ Y ello a salvo de que se pudiera solicitar la aplicación directa del artículo 10 de la Directiva 92/85. Sobre ello, las SSTJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15, Otero Ramos) y de 4 de octubre de 2001 (asunto C-438/99, Jiménez Melgar).

⁴⁸ Si ello así no se hiciera, tal vez una prohibición de este tipo, referida de modo exclusivo a las mujeres, tendría el efecto perverso de poner en peligro la contratación de este colectivo por las dificultades de gestión de personal que pudiera apreciar el empresario. Además, el hecho de diseñar una prohibición de despido para el progenitor o la progenitora hasta que finalice la correspondiente suspensión por nacimiento de hijo sería un mecanismo más para fomentar la corresponsabilidad y superar los roles de género en las tareas de cuidado.

Con todo, un problema se plantearía y sería el de delimitar el radio de actuación de esta prohibición. En concreto, habría que determinar qué concretas extinciones contractuales serían susceptibles de integrar la prohibición, lo que conduce, irremediadamente, a que el concepto de «despido» tenga que ser definido a los efectos que ahora interesan. A mi modo de ver, si un mandato de tal calibre se planteara a nivel legislativo, creo que lo más factible sería atender a lo que indicaba ya en su momento la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14, Pujante Rivera). En ella, si se recuerda, se dictaminaba que la noción de despido debe entenderse como «un concepto de derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros» y que debe interpretarse «en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento». Tomando lo anterior, pues, como referencia, habría que concluir que, en el contexto a que este trabajo se refiere, toda extinción del contrato que no contase con el consentimiento de las personas trabajadoras tuteladas por la prohibición debería quedar proscrita. Así, y sin ánimo exhaustivo, los despidos disciplinarios, objetivos y colectivos, las extinciones que trajeran su causa del artículo 50 del ET, las resoluciones del contrato derivadas de la negativa de la persona trabajadora a aceptar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o un traslado⁴⁹, las extinciones *ante tempus* de los contratos temporales o la extinción de estos mismos contratos cuando se hayan declarado fraudulentos, la extinción por no superación del periodo de prueba cuando este superase el plazo máximo legal establecido en el convenio colectivo aplicable o el desistimiento en el caso del trabajo del hogar familiar⁵⁰. *A sensu contrario*, habría que entender como neutras a efectos de esta hipotética prohibición todas aquellas extinciones que derivaran bien de la voluntad de la persona trabajadora (dimisiones y abandonos, extinciones por causas inherentes a ella, bajas incentivadas en un contexto de crisis empresarial⁵¹), bien del deseo conjunto de ambas partes (extinciones por mutuo acuerdo o por las causas pactadas) o de hechos totalmente objetivos (extinciones de contratos temporales celebrados lícitamente por válida finalización de los mismos o extinciones derivadas de la muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física o por extinción de la personalidad jurídica de la sociedad siempre que no continuara la actividad), o bien de hechos del todo punto ajenos al empresario (fuerza mayor).

En otro orden de ideas, también habría que analizar si, más allá de esta prohibición, podrían buscarse otras vías tendentes a reforzar, para el colectivo protegido, la estabilidad en el empleo o la conservación del mismo. Y, a este respecto y al margen de lo que se ha propuesto cuando acontece un despido colectivo⁵², debe valorarse aquí la incidencia que

⁴⁹ Sobre ello, las SSTJUE de 21 de septiembre de 2017 (asunto C-429/16, Ciupa), de 21 de septiembre de 2017 (asunto C-149/16, Socha) y de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14, Pujante Rivera).

⁵⁰ Sobre la inclusión de este desistimiento en el concepto de despido, *vid.* nota 13.

⁵¹ Puesto que habría sido decisión de la persona trabajadora acogerse a tal baja.

⁵² Cuando acontece un despido de estas características (que fue el asunto que juzgó la sentencia Porras Guisado), se ha propuesto establecer derechos de preferencia bien de modo legal o convencional, causas

la legislación de prevención podría tener ante una hipotética decisión de cesar a la trabajadora embarazada o de parto reciente. Porque si aceptamos que la tutela preventiva se encuentra en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, habrá que concluir necesariamente que resulta de aplicación el artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) y que, en consecuencia, la empresa, con anterioridad al despido (entendido este en el sentido más arriba indicado), tendría que adoptar las medidas necesarias para prevenir los riesgos que su decisión puede conllevar, esto es, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, el pase a un puesto o a unas funciones diferentes o el pase a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural; suspensión que, como es conocido, se mantendrá «durante el periodo necesario para la protección de la seguridad [de la trabajadora] o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».

Bien sabido es, no obstante, que este precepto no está pensado para evitar los riesgos que derivan de una extinción contractual, sino, más bien, para evitar los que derivan del concreto puesto de trabajo en sí y de las particulares condiciones en las que se desarrolla la prestación laboral, hasta el punto de que el empresario viene obligado, en primer lugar, a «determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos» y, en segundo lugar, a acometer evaluaciones adicionales a la inicial para comprobar, en los puestos de trabajo con riesgo y una vez conocida la situación de embarazo o lactancia, el grado, la duración y la naturaleza de los riesgos específicos a los que puede quedar sometida la trabajadora⁵³. De ahí, en consecuencia, que se prevea una tutela escalonada, que suponga, en primer término, el mantenimiento del puesto de trabajo, aunque adaptando las condiciones de trabajo, en segundo término, la recolocación a otro puesto de trabajo exento de riesgo y, en tercer término, la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia⁵⁴.

Evidentemente, este esquema mal encaja con lo que se pretende. Cierto es que podría defenderse que el empresario habría de efectuar, tomando como base lo dispuesto en los artículos 16 y 26 de la LPRL, una evaluación de riesgos inicial que tuviera en cuenta las posibles consecuencias que un despido puede acarrear para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia (Ballester Pastor, 2018, p. 11). Ello, llevado a la práctica, supondría contemplar en dicha evaluación que el despido en sí es un potencial «agente» nocivo para

reforzadas y concretas para despedir o una explicación de los criterios de selección utilizados por la que se observe que son ajenos a todo móvil discriminatorio o a la situación protegida en sí (Ballester Pastor, 2018, p. 10; Fernández Avilés, 2018, p. 161).

⁵³ En el bien entendido, según la STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15, Otero Ramos), que «la falta en la evaluación del riesgo supone un trato menos favorable a una mujer, vinculado al embarazo o la lactancia y constituye una discriminación directa por razón de sexo».

⁵⁴ En este proceso, además, intervienen la mutua o el Instituto Nacional de la Seguridad Social; organismos que, en su caso, tendrán que certificar (o no) la existencia del riesgo en el concreto puesto de trabajo.

la salud reproductiva e, incluso, para la producción láctea en su calidad y en su cantidad en tanto que generaría toda una serie de consecuencias nocivas y específicas para la trabajadora embarazada o madre reciente por la exposición al conflicto que esto le supondría y el estrés que ello le ocasionaría. Ahora bien, esa evaluación de riesgos debe culminar con un listado de puestos de trabajo exentos de riesgos, pero, obviamente, la pregunta surge de modo inmediato: ¿es que acaso existe algún puesto de trabajo exento de la contingencia del despido y de los padecimientos, ansiedades, inseguridades o miedos que este conlleva? Parece que no, pero, entonces, ¿cómo, sin llegar al absurdo, dar cumplimiento a esa obligación que impone el artículo 26.2 de la LPRL sobre el listado de puestos libres de riesgos, libres, por lo que ahora importa, del agente estresor que vendría a ser la contingencia del despido?

Las mismas dudas surgen con respecto a las medidas preventivas a las que se obliga al empresario. Porque, en cuanto a la obligación de adaptar las condiciones de trabajo, ¿cómo acometerla? Parece difícil en este contexto. De hecho, creo que puede convenirse sin duda alguna que la misma, ante una decisión extintiva, no tendría razón de ser, porque no se trata de modificar unas condiciones laborales que resultan nocivas, sino de prevenir los efectos perjudiciales de un despido, y ello no se consigue con una mera adaptación de condiciones. Por lo que atañe, en segundo lugar, a la recolocación en otro puesto compatible con el estado de la trabajadora tampoco resultaría factible. Primero y principal, porque ese otro puesto no quedaría –debe insistirse– exento del riesgo que derivaría de un posible despido, y de eso, precisamente, es de lo que se trata, de resituar a la trabajadora en una actividad que no le genere perjuicio alguno. Segundo, porque en determinadas circunstancias (cierre de la empresa) materialmente no podría acontecer. Y tercero, porque, aunque pudiera admitirse la viabilidad de la transferencia a otro puesto de trabajo, habría que considerar, en el escenario que aquí se baraja, si esto sería lo más adecuado para la trabajadora embarazada o de parto reciente, en tanto que puede ser preferible mantenerla en su actividad, a la que ya está acostumbrada, que ir cambiándola, una, dos o varias veces, a otra u otras nuevas a las que habría de adaptarse, con todo lo que ello le podría implicar a nivel de estrés o ansiedad. Con lo cual, parece que solamente quedaría el recurso a la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia. A la trabajadora le bastaría con que el empresario decidiera colocarla en alguna de estas dos situaciones suspensivas, según correspondiera, para prevenir los riesgos que el despido lleva implícitos. Pero, si esto fuera así, se abriría entonces otro interrogante: ¿cuándo habría que declarar a la trabajadora afecta por la situación suspensiva?

En una primera aproximación, el día inicial podría quedar fijado en el momento de la comunicación del embarazo al empresario o, en su caso, en el momento en que la trabajadora se hubiera reincorporado a su puesto de trabajo tras la suspensión por nacimiento de hijo⁵⁵. Sería, en ese momento, cuando operaría la obligación de suspender el contrato. No obstante, resultaría, entonces, que se desbordarían las fronteras propias de estas suspensiones y

⁵⁵ Siempre que el lactante no hubiera cumplido los 9 meses de edad y la madre hubiese optado por la lactancia natural (art. 48.7 ET).

–no se olvide– de las correspondientes prestaciones públicas, permitiéndose que cualquier trabajadora, por el mero hecho de estar embarazada o ser madre lactante, pudiera acogerse a esta protección. Y ello a su vez implicaría, primero, entender que cualquier trabajadora madre o que vaya a serlo con un embarazo que cursa con normalidad está impedida para trabajar (lo que no es cierto) y, segundo, que el gasto público en prestaciones a raíz de la ampliación de la cobertura aumentaría exponencialmente. Descartada, entonces, por lógica, esta posibilidad, la opción más plausible sería entender que la suspensión, cualquiera de ellas, habría de coincidir con el momento en que se procediera al cese, que es, en definitiva, el momento en que podrían surgir los riesgos derivados de un despido. Concretando más, resultaría que, como el empresario vendría obligado, por un mandato imperativo derivado de la prevención de riesgos laborales, a declarar a la trabajadora en situación suspensiva, no podría, aunque quisiera, adoptar la decisión extintiva. Ello a salvo, claro está, de que entendiera que existen razones justificadas para ello, lo que abriría, entonces, la posibilidad de impugnar el despido efectuado a través del artículo 55.5.2.º a) o b) del ET. Tutela preventiva y tutela reparadora, de este modo, coexistirían, complementándose mutuamente.

No cabe obviar, sin embargo, los inconvenientes a los que conduciría este planteamiento. En primer lugar, porque, para entender imponible al empresario la obligación, ante un posible despido, de suspender el contrato de la trabajadora en cuestión, habría que trascender del propio redactado del artículo 26 de la LPRL que vincula la suspensión, como más arriba se ha comentado, con agentes, procedimientos o condiciones del trabajo o de la actividad desarrollada. El despido en sí mismo considerado no parece que pueda situarse, estrictamente, en esa categoría. Es, por decirlo muy gráficamente, un trance que planea sobre cualquier puesto de trabajo, pero una cosa es eso y otra bien distinta considerar que el mismo condiciona de modo peculiar y particular el modo en que la trabajadora desarrolla su prestación de servicios. Ligado con esto, resulta que, además, y en segundo lugar, le resultaría muy complicado al empresario acometer esa evaluación de riesgos específica a la que anteriormente se ha hecho referencia. Con la misma se pretende perfilar el riesgo de modo individual, es decir, el correspondiente a la trabajadora en cuestión en función de sus propias condiciones personales, de la naturaleza, grado y duración de la exposición al riesgo o mismamente del procedimiento o régimen de trabajo. Pero esa concreción, en el contexto del que aquí se trata, no se lograría, porque el impacto de la decisión extintiva sobre la salud física y mental de la trabajadora siempre existiría al decir de la sentencia Porras Guisado. Se podrá argumentar que ello estará en menor o en mayor medida en función de las circunstancias de la trabajadora, pero es que esto sería realmente inocuo, porque la influencia negativa del despido sobre el embarazo o la efectividad de la lactancia natural concurriría de modo inexorable. Y si ello es así no parecería tener mucho sentido exigir el cumplimiento de esta obligación al empresario en tanto que sería, realmente, neutra a los efectos que aquí interesan. Finalmente, repárese en un hecho que puede mermar la eficacia preventiva de esta medida. La suspensión por riesgo habría venido motivada por una concreta decisión extintiva empresarial que habría quedado paralizada. Pero ¿qué ocurriría cuando ya no estuviera la trabajadora protegida por las situaciones que derivan de la

maternidad? Ciertamente, en ese momento, el riesgo del despido se actualizaría de nuevo, porque lo que habría pasado es que ese agente estresor no habría quedado eliminado de forma definitiva. Simplemente habría quedado en estado latente, durmiente, con motivo de la suspensión por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia. Siendo esto así, parece claro concluir que la tutela preventiva vehiculizada a través de la suspensión del contrato no sería completamente eficaz en tanto que, si de lo que se trataba era de eliminar de raíz toda inseguridad, incertidumbre, miedo o estrés que pudieran resultar nocivos para la maternidad, ello no se habría conseguido del todo. La trabajadora, por decirlo con otras palabras, sería sabedora de que tendría pendiente una orden de despido que se materializaría cuando transcurrieran los correspondientes lapsos protectores, siendo ello algo que, en mayor o menor medida, siempre le repercutirá en su estado de ánimo y en su modo de afrontar la maternidad.

Apuntado todo lo anterior, parece, pues, que, en un escenario como el que se describe, se antoja cuanto menos dudosa la aplicación del artículo 26 de la LPRL, a salvo, de nuevo, de una eventual modificación legislativa que realizara los ajustes necesarios en la norma para alojar de forma específica en el precepto los riesgos derivados de un posible despido. Y si incierta resulta ser la aplicación del artículo 26 de la LPRL, parece que habrá que concluir, en consecuencia, que con las debidas cautelas habría que tomar también la aplicación del régimen sancionador previsto en los artículos 13.1 y 40.2 de la LISOS para el caso de omisión o incumplimiento de los deberes previstos en aquel precepto. Además, repárese en que otro problema se añadiría a los anteriores ya mencionados. Porque para que puedan activarse las medidas de protección escalonadas que contempla el artículo 26 de la LPRL y para que estas resulten eficaces y eficientes, se necesita –aunque no se obligue a ello⁵⁶ que el estado de gestación de alguna forma se conozca, bien porque voluntariamente la trabajadora lo haya comunicado, o bien porque el embarazo ya sea perceptible a simple vista. Pero si ninguna de estas dos situaciones acontece, la controversia es evidente: la trabajadora puede no comunicar su incipiente embarazo por el temor al despido (y, a estos efectos, recuérdese que, para que el despido se califique con la nulidad, no se requiere que el empresario tenga conocimiento del mismo) o por preservar su intimidad, al menos en los primeros meses, precisamente los más complicados desde el punto de vista de la gestación, lo que haría que la tutela preventiva resultara inviable de llevar a cabo por el empresario, porque, desde luego, no se le puede exigir el cumplimiento de una obligación si no se le notifica el hecho causante de la misma. A estos efectos, no cabe duda de que, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, la trabajadora, tanto por su bien como por el de su hijo o hija, habría de ser diligente y comunicar su estado, aunque ninguna norma legal la

⁵⁶ En efecto, no puede derivarse del artículo 29 de la LPRL una pretendida obligación de la trabajadora de comunicar su estado al empresario (con su correspondiente sanción), porque ello supondría tanto como situar su derecho a la intimidad en un plano de mera legalidad ordinaria, confrontándolo con el deber del empresario de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras y con la respectiva obligación de estas de colaborar para que su entorno sea lo más seguro posible.

conmine a ello. El riesgo del despido cierto es que existiría, pero, si se efectuara esa modificación legislativa a la que anteriormente se hacía referencia sobre la instauración de una prohibición de despedir, aquel podría, en cierto modo, conjurarse. Y no tan solo por la prohibición, sino también por la sanción en el ámbito de la prevención en la que podría incurrir el empresario por su incumplimiento. Porque una hipotética incorporación en el texto estatutario de la prohibición de despedir a las trabajadoras madres debería tener su reflejo, de igual modo, en la normativa de prevención y también, desde luego, en la normativa sancionadora para incorporar en los artículos 13 y 40.2 de la LISOS la infracción y la sanción que correspondieran por su incumplimiento.

Menos complejo, por lo demás, parece ser encajar la obligación informativa del empresario en este contexto (art. 18 LPRL). Así, habría de informar sobre los riesgos que un posible despido pudiera implicar para el embarazo o la lactancia a fin de que la trabajadora, llegado el caso, supiera cómo reaccionar, tuviera mecanismos para evitar poner en peligro su salud o la del niño o la de la niña durante unas etapas tan especialmente complicadas. Algo que, en la práctica, pasaría, entiendo, por ofrecer una información suficiente sobre los riesgos de cariz físico o psicosocial que la exposición ante esta situación conflictiva puede comportar y por mantener en la empresa una red de apoyo social y emocional que ayudara a la trabajadora embarazada o madre reciente a saber gestionar una situación de este tipo.

Finalmente, dos últimos apuntes a considerar, esta vez, sobre el impacto de la normativa de prevención de riesgos en materia de reparación por los daños ocasionados. Así, en primer lugar, se ha sugerido (Ballester Pastor, 2018, p. 10) que juegue, en este contexto, la figura del recargo de prestaciones por lo que atañe a la maternidad o al desempleo cuando la readmisión no fuera posible, que es lo que ocurre, ya se comentó, con las trabajadoras empleadas del hogar familiar. A mi modo de ver y pese a que ello merecería una reflexión más detallada de la que aquí puede hacerse por falta de espacio, parece forzado entender aplicable la institución del recargo si de lo que se trata es de conectarla al incumplimiento de las medidas escalonadas del artículo 26 de la LPRL, porque ya se ha visto que las mismas son, cuanto menos, de dudosa articulación en la práctica. Podría ligarse, tal vez, al incumplimiento bien de la obligación informativa, bien de la propia sobre la evaluación de riesgos inicial de no preverse en esta los daños nocivos que una decisión de despido puede acarrear para las trabajadoras embarazadas o madres lactantes. O, al límite, al incumplimiento de ese deber de seguridad que, con carácter general, el empresario tiene para con las personas a las que tiene contratadas (art. 14 LPRL). De considerarse así, habría, entonces, que entrar a examinar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del empresario en relación con la adopción de las medidas de seguridad y el daño ocasionado, y parece complicado, en este sentido, suponer que es la situación de riesgo creada por la empresa por su omisión o falta de las medidas de seguridad lo que contribuye de modo decisivo a la producción del daño (en sentido estricto, lo es la decisión del despido). Salvaría, sin embargo, este obstáculo entender que, de haber adoptado las medidas de seguridad que correspondieran, los efectos nocivos del despido se podrían, al menos, haber paliado.

Por lo demás, la aplicación en estas hipótesis del recargo de prestaciones presumiría que los perjuicios ocasionados por el despido constituyen accidente de trabajo (más complejo es entender que sean enfermedad profesional), lo que merecería también una reflexión aparte por lo que ello supondría de expandir las fronteras de este concepto.

En segundo lugar, también se ha propuesto, en lógica coherencia con la línea seguida por la sentencia europea, que la indemnización a percibir no sea inferior a la que correspondería por la infracción de la normativa de prevención. Sin embargo, de igual modo aparece aquí el problema mencionado anteriormente (la dificultad aplicativa del art. 26 LPRL), con lo que, otra vez, habría que salvarlo si de lo que se trata es de alcanzar un monto indemnizatorio que responda, de igual modo, al incumplimiento de las normas de prevención. La solución podría venir dada, entiendo, por la posible apreciación en el supuesto de hecho de las infracciones graves de los artículos 12.1 b) (incumplimiento de acometer la evaluación de riesgos), 12.6 (incumplimiento de la planificación preventiva) y 12.8 de la LISOS (incumplimiento en materia informativa). De considerar aplicable lo previsto en tales preceptos correspondería, entonces ya sí, adicionar a la cuantía reparadora por el daño ocasionado las multas previstas en la letra b) del artículo 40.2 de la LISOS, consiguiéndose, de este modo, que aquella fuera un correctivo de carácter integral frente a la conducta ilícita del empresario.

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, M. A. (2018). El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 45, 1-17 (versión electrónica).
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (11 de febrero de 2018). Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización? *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2018/02/11/despido-injustificado-y-embarazo-desconocido-readmision-e-indemnizacion/>
- Blasco Jover, C. (2022). La adecuación del derecho de opción en caso de despido impropio a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 23-50. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3245>
- Fernández Avilés, J. A. (2018). 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. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 152-162. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1526>
- Fernández López, M. F. (2005). Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 79, 11-68.

- García Murcia, J. (2022). Nulidad del despido adoptado tras anuncio de matrimonio por parte de la trabajadora. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2, 1-10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001721
- García Rubio, M. A. (2020). Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 236, 1-34 (versión electrónica).
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2008). Tratamiento de fecundación *in vitro* de la trabajadora desconocido por el empresario y despido. (Comentario a la STJCE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06, Mayr). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 11, 1-8 (versión electrónica).
- Igartua Miró, M. T. (2019). Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53.
- López Terrada, E. (2020). La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(1), 2-39.
- Mercader Uguina, J. R. (4 de noviembre de 2021). ¿La nulidad objetiva por causa de maternidad del art. 55.5 b) ET conlleva la automática indemnización por daños morales?: luz, más luz... *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2021/11/la-nulidad-objetiva-por-causa-de-maternidad-del-art-55-5-b-et-conlleva-la-automatica-indemnizacion-por-danos-morales-luz-mas-luz/>
- Molina Navarrete, C. (2018). 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. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 134-142. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1616>
- Molina Navarrete, C. (2019). *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*. Comares.
- Núñez-Cortés Contreras, P. (2020). Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55.
- Rodríguez Escanciano, S. (2020). De la tutela de la mujer trabajadora a la corresponsabilidad: aportaciones desde el derecho de la Unión Europea. *Dirittifondamentali*, 1, 1.640-1.670. <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Escanciano-De-la-tutela-de-la-mujer-trabajadora-a-la-corresponsabilidad.pdf>
- Tarabini-Castellani Aznar, M. (2011). Despido y fecundación *in vitro*. *Aranzadi Social*, 12, 1-6 (versión electrónica).

Carolina Blasco Jover. Profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alicante (España). Doctora *cum laude* en Derecho (2009) y Premio Extraordinario de Doctorado (2013). Ha publicado numerosas contribuciones en Derecho del Trabajo y ha participado, como ponente o como autora de comunicaciones, en diversos congresos y seminarios de especialización en la disciplina. Igualmente, ha sido investigadora principal y colaboradora de varios proyectos de investigación de ámbito estatal, autonómico y universitario, y ha obtenido becas para realizar estancias docentes y de investigación en varias universidades europeas. Entre sus líneas de investigación destacan los temas referentes a la conciliación, la tecnología, los grupos de empresas, la igualdad, la extinción del contrato, la representación de los trabajadores y la contratación. <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>