



**Universidad
Zaragoza**



Trabajo Fin de Máster

“El despido objetivo de una trabajadora embarazada”

Dictamen elaborado por

Constanza Arqued Almunia

Máster de Acceso a la Abogacía (Grupo 1)

Director

Ángel Luis de Val Tena

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

(Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza)

Con objeto de

Analizar la protección de la figura de la trabajadora embarazada en el marco del Derecho Laboral y de la Seguridad Social español, tanto en su configuración legal como en evolución jurisprudencial de los últimos años –en concreto, el blindaje de la nulidad de su despido por parte del Tribunal Constitucional-. Todo ello en relación con su posible encuadramiento en la causa económica del despido objetivo regulada en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, dada la prohibición de despedir por motivos discriminatorios por razón de sexo, lo que conlleva que este despido, una vez impugnado ante la Jurisdicción Social, únicamente pueda resultar en una nulidad objetiva, cuando no sea declarado procedente.

Analyze the protection of the figure of a pregnant worker under the Spanish Labour Law and Social in its legal configuration and also in its jurisprudential evolution in recent years in this country –in particular, the shield of the nullity of his dismissal by the Constitutional Court-. All of it, in relation to its potential economic framework in the cause of objective dismissal regulated in Article 52 c) E.T, given the prohibition to dismiss on grounds of discrimination based on sex, which implies that this dismissal, once challenged before the Court, may result only in an objective nullity, in case it is not declared admissible.

ÍNDICE	<i>Páginas</i>
I. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS	3
II. INTRODUCCIÓN	5
1. CUESTIÓN TRATADA	5
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA	6
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	7
III. ANTECEDENTES DE HECHO	9
IV. ARTÍCULO 52. c) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN RELACIÓN CON LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN	11
1. EL DESPIDO OBJETIVO	11
1.1 Concepto y causas	11
1.2 Requisitos: comunicación, indemnización y preaviso	16
2. LA NULIDAD DEL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA	21
2.1 La interpretación por la doctrina judicial de la nulidad por razón de embarazo	27
2.2 El cierre de la configuración de la nulidad por el Tribunal Constitucional	32
2.3 Consecuencias de la declaración de nulidad	36
V. LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS MORALES	39

VI. LA VÍA JUDICIAL	45
1. CONCILIACIÓN PREVIA	45
2. CELEBRACIÓN DEL ACTO DE JUICIO	46
3. SENTENCIA	49
4. ESTADO DE LAS ACTUACIONES	49
VII. CONCLUSIONES	51
VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES	
IX. ANEXOS	

I. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
D.A.	Disposición adicional
D.T.	Disposición transitoria
EM	Exposición de Motivos
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
INCN	Importe Neto de la Cifra de Negocios
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPCDH	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia.
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social
TRLISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LCVFL	Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
SAMA	Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UMAC	Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación

II. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

Partiendo de la especial protección otorgada al trabajador en el ordenamiento jurídico español a través, entre otros, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), de lo que es muestra la enunciación del principio <<*in dubio pro operario*>> para el ámbito del Derecho laboral –al igual que lo es el <<*in dubio pro reo*>> en el Derecho penal-, la figura de la trabajadora embarazada tiene un tratamiento específico, encontrándose las mujeres en estado de gestación bajo una protección reforzada.

Así, dada la prohibición de despedir por motivos discriminatorios por razón de sexo existente en el Derecho español (a lo largo del presente dictamen se analizará la aparición y consolidación de la prohibición), la misma supone, de un lado, la protección de la mujer embarazada que ve extinguida su relación laboral por motivo precisamente de su embarazo. De otro lado, implica la protección de los trabajadores de cara a ejercitar sus derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Cuando el despido se fundamente en uno de estos motivos, se considerará nulo tanto si había sido efectuado al amparo de un despido por causas objetivas como al amparo de uno disciplinario. De esta forma, cuando el despido no sea declarado procedente, adolecerá de una nulidad objetiva (Art. 53.4 ET), tal como se expondrá a lo largo del presente trabajo.

Pretende abordarse en este trabajo el estudio de aquellos concretos casos en los que es posible encuadrar el despido de una trabajadora embarazada en la causa del artículo 52 c) del Estatuto, teniendo presente la regulación de la nulidad, contenida tanto en los arts. 53.4 y 55.5 ET, como en los arts. 108.2 y 122.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS).

La nulidad no puede operar automáticamente por el mero hecho de despedir a una trabajadora embarazada, sino que ha de probarse que tal causa sea precisamente la que motive la decisión extintiva. Si la empresa sufre pérdidas económicas –suficientes de acuerdo con la legislación vigente- y las justifica debidamente, el despido habrá de ser calificado como procedente.

El presente dictamen se centrará, por tanto, en el análisis, desde un punto de vista tanto teórico como práctico, de la forma en la que esta figura se concreta en nuestro ordenamiento jurídico, nuestra jurisprudencia y en un caso real, concreto y complejo como el que aquí se expone. Para ello, estructuraré el trabajo en tres grandes bloques. El primero constituirá una aproximación al concepto del despido objetivo del artículo 52 c) ET, en relación con la configuración de la nulidad del despido de una trabajadora embarazada.

La prohibición de discriminación que da lugar a esta nulidad, junto con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, ha sido tradicionalmente una de las materias objeto de mayor desarrollo por el Derecho Social Comunitario, llegando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) a afirmar, en sentencias como la de 10 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 24) *Deutsche Post AG*, Asuntos Acumulados C-270/97 y C-271/97, apartados 56 y 57, que «*el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es un derecho fundamental*».

Los siguientes consistirán en el análisis pormenorizado de un caso real sobre el despido de una trabajadora embarazada, centrándose el segundo bloque en la posible reclamación por daños morales y el tercero en la vía judicial tramitada ante el Juzgado de lo Social, prestando especial consideración al trámite de conciliación y al estado actual de las actuaciones.

El trabajo termina con un apartado de carácter concluyente en el que, analizada la regulación jurídica española, la jurisprudencia y la aplicación en un asunto particular, se plantean las conclusiones a las que se ha llegado tras el estudio.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

Puesto que se trata de elaborar un Dictamen jurídico sobre un caso real del que hayamos conocido por nuestro ejercicio de la abogacía en el período de Prácticas, me pareció conveniente elaborar un informe sobre un asunto en el que trabajé, el cual considero de constante actualidad y de necesaria revisión permanente.

Desde mi punto de vista, es palmaria la necesidad de una regulación exhaustiva de las situaciones de protección de las trabajadoras tales como el embarazo o los distintos permisos a los que la gestación puede dar lugar. Sin embargo, considero que el estudio de esta figura desde la perspectiva empresarial puede aportar algo de luz con respecto al recurso sistemático a la alegación de discriminación por razón de sexo.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Conviene señalar en este epígrafe que, tratándose de un asunto respecto del que hemos tenido conocimiento directo gracias a las Prácticas externas, se trata de un supuesto que ha exigido una participación directa, por lo que existen un estudio y conocimiento previos del mismo.

Por tanto, la primera toma de contacto con el asunto que expondré a continuación fue la recopilación, lectura y estudio de toda la documentación obrante en el expediente. Esta tarea de carácter previo a la redacción de la presente memoria facilitó la esquematización del trabajo y la elaboración de un índice partiendo del esquema citado.

Pasando a exponer la metodología seguida en el propio desarrollo del Trabajo Fin de Máster, para la redacción del mismo he realizado, en primer lugar, una lectura comprensiva de la normativa aplicable, de la jurisprudencia relacionada con la misma así como del proceso ordinario ante la Jurisdicción Social y de la documentación obrante en autos, como comenzaba señalando en este apartado.

Posteriormente, llevé a cabo una reflexión más detenida acerca de lo analizado y estructuré las ideas y problemas jurídicos a resolver, reflejados en el índice del presente trabajo. A continuación, comencé la redacción de esta memoria, lo cual ha sido una tarea compleja a la vez que apasionante, ya que me ha permitido adentrarme en el tema en profundidad y conocer las vicisitudes de los diversos aspectos del mismo.

Por lo que se refiere a la estructuración, he optado por la expuesta en orden a aclarar, en primer término, el concepto de despido objetivo en relación con la figura de la trabajadora embarazada y la configuración legal de la nulidad de su despido. A continuación, me ha parecido conveniente detenerme, previamente a la exposición de la fase judicial, en la posible reclamación de una indemnización por daños y perjuicios, directamente relacionada con el supuesto de hecho que, si bien no prosperó a pesar de que, como expondré, se concibe por parte de la doctrina como una de las consecuencias propias de este despido.

Por último, he fijado la fase judicial, deteniéndome especialmente en la conciliación previa, la cual, a lo largo de las prácticas, me ha resultado interesantísima y ello no solo por su utilidad en el acercamiento de posturas, sino por la diversidad de situaciones que puede generar y por estricta vinculación con la jurisdicción social. Asimismo, me he detenido en exponer el estado de las actuaciones ya que, como se verá en el momento oportuno, la decisión judicial generó una serie de actuaciones posteriores cuyo estudio me resultó muy enriquecedor.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

Doña Cristina fue contratada por la empresa JORGE JUAN CORREDURIA DE SEGUROS, S.A. con fecha 24 de febrero de 2015, con un contrato de trabajo a tiempo parcial de carácter indefinido, con una jornada de 20 horas semanales, con la categoría profesional de Administrativo Comercial y un salario de 28,22 euros día, con la inclusión en el mismo de prorrata de pagas extra, no ostentando la misma cargos representativos de los trabajadores y sin estar afiliada a sindicato alguno.

Con fecha 22 de enero de 2016, D. Cristina comunicó su situación de embarazo a algunos de sus compañeros de la empresa vía correo electrónico.

La empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por causas objetivas, según lo dispuesto en el art. 52 c) ET, por darse las causas económicas previstas en el artículo 51.1 del citado texto legal, en relación con el artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Dicha comunicación se efectuó por medio de carta¹ con fecha de efectos del día 23 de febrero del mismo año.

Por su parte, D. Cristina interpuso demanda de despido frente a la citada empresa, con fecha 16 de marzo de 2016, codemandando al Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA), por considerar que el despido se había llevado a cabo por motivos de discriminación por razón de sexo, debido a su estado de embarazo, por lo que debía declararse nulo conforme al art. 55 ET en relación con lo dispuesto en el art. 4.2 c) del mismo texto legal, y los arts. 14 y 15 de la Constitución Española (en adelante, CE), relativos a la no discriminación y la integridad moral.

Asimismo, acumuló al *petitum*, en aplicación del art. 184 LRJS, la declaración de indemnización por daños y perjuicios por vulneración de los artículos antecitados, alegando que la vulneración de los derechos indicados lleva aparejada un daño moral que consiste en el daño psicológico derivado de las acciones que había tomado la empresa por el mero hecho de ser mujer y madre. Cuantificó la indemnización en

¹ Vid. Carta de despido adjunta como Anexo I.

60.000 euros, en aplicación de los arts. 8.11, 8.12 y 40.1 c) del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, TRLISOS), aportando asimismo la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 5 de febrero de 2013.

Subsidiariamente, solicitó la declaración de improcedencia.

La demanda fue admitida a trámite, una vez verificada la concurrencia de los requisitos del art. 81.2 LRJS, por Decreto de fecha 23 de marzo de 2016. En éste, se citó a las partes para que comparecieran el día 20 de septiembre de 2016 al acto de conciliación y, en caso de no alcanzarse avenencia, al acto de juicio ante el magistrado.

IV. ARTÍCULO 52. c) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN RELACIÓN CON LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

1. EL DESPIDO OBJETIVO

Para comenzar con el análisis del fondo jurídico del presente asunto, conviene realizar una aproximación al concepto del denominado “despido objetivo”, decisión unilateral del empresario dirigida a la extinción del contrato por circunstancias que afectan a la organización o el funcionamiento de la empresa.

Este despido forma parte de la lista legal de causas de extinción del contrato de trabajo con la denominación de “causas objetivas legalmente procedentes” (art. 49.1 l) ET) y se encuentra regulado en diversidad de artículos tanto del Estatuto como de la Ley de la Jurisdicción².

1.1 Concepto y causas

Por su parte, el artículo 52 ET efectúa una enumeración taxativa de dichas causas, las cuales, por contraposición a las subjetivas –propias del despido disciplinario-, pueden incluir incumplimientos no dolosos o culpables de la prestación que no por ello pierden su carácter dañoso para el empresario y cuya concurrencia determina la eficacia extintiva de la decisión de este último. Una de las particularidades de este despido es la de actuar en muchos aspectos como supletorio del despido disciplinario.

La doctrina reciente atribuye a esta extinción dos finalidades: la relativa a la liberación del empleador de los perjuicios que estas causas le puedan producir y la orientada a la mejora de la productividad del trabajo, evitando defectos cuantitativos y cualitativos del rendimiento no debidos a conductas deliberadas. Del listado legal del artículo 52 se extraen dos grupos de causas, uno relativo a las que afectan a la capacidad o el cumplimiento del trabajador –apartados a), b) y d)-, y otro segundo grupo que se refiere a causas que derivan de las necesidades de funcionamiento de la empresa –apartados c) y e)-.

² Arts. 52 y 53 ET, y 120 a 123 LRJS.

En el apartado c), objeto del presente dictamen, se establece la posibilidad de que el empresario decida extinguir el contrato de trabajo por las causas del despido colectivo, sólo que afectando a un número de trabajadores inferior al establecido en la regulación de este último (art. 52 c) en relación con el 51.1 ET). El factor que determina la aplicación de uno u otro procedimiento es exclusivamente el número de trabajadores que se van a ver afectados por la medida. A este despido también se le denomina, cuando afecta a varios trabajadores en número inferior a los umbrales del artículo 51.1 E.T., despido plural o despido colectivo menor.

Con respecto a la causa económica, ésta hace referencia a una situación económica negativa de la empresa, que puede consistir en: pérdidas actuales, pérdidas previstas o la disminución persistente del nivel ordinario de ingresos o de ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Entrando a enumerar las características propias del despido objetivo por causas económicas, la causalidad sería la primera a destacar, a pesar de que no sea sencilla la tarea de identificar la causa única o general. Se trata, más bien, de una serie de causas específicas que conducen a un trastorno en la empresa como elemento diferenciador común. La crisis de la empresa, la necesidad de proceder a una reorganización de la misma o la imposibilidad de la continuación en la prestación son motivos que constituyen la esencia de esta modalidad de despido. Se trata de una medida de salvaguarda de la empresa ante determinadas circunstancias objetivas³.

Esta causa –o causas- se encuentra encuadrada en los resultados de la explotación, en concreto en el equilibrio entre ingresos y gastos o costes y beneficios, que han de poner de relieve una situación económica negativa. De esta forma, el despido se concibe como una medida para superar dicha situación (artículo 51.1 ET, que remite al art. 52.c) del mismo texto legal).

³ Constituye una técnica que conecta con la imposibilidad física o legal sobrevenida (art. 1184 CC), por lo que no es posible reclamar una indemnización al trabajador aunque la causa del despido tenga que ver con sus cualidades como pueda ser la ineptitud.

En sus inicios, el despido por causas económicas se concebía partiendo de el principio de estabilidad en el empleo consagrado por Ley 8/1980, Estatuto que restringió la extinción del contrato por iniciativa del empleador a los supuestos establecidos legalmente por causas bien imputables al trabajador o bien ajenas a la voluntad de las partes. El despido *ad nutum* o sin causa fue desterrado de nuestro ordenamiento jurídico al consolidarse el Derecho del Trabajo y todo intento de restauración del mismo debe ser tachado de inconstitucionalidad⁴.

La causa económica (denominada en sus inicios como causas económicas o tecnológicas) englobaba las situaciones de crisis grave, cesación en la industria por crisis laboral o económica, imposibilidad sobrevenida⁵, onerosidad excesiva, circunstancias que produzcan un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, o circunstancias sobrevenidas que hagan que el empleador pierda el interés por la prestación al devenir especialmente gravosa la continuación en la relación.

Para un sector de la doctrina, con la reforma de 1994⁶ no se introdujeron grandes cambios, por lo que la causa económica seguía siendo equivalente a la existencia de pérdidas en la explotación, y a estados de desequilibrio y pérdidas, que pudieran o no tener carácter irreversible, según se tratase de supuestos de cesación total de la actividad o de crisis que provocasen la necesidad de reestructuraciones parciales.

Alonso Olea y Casas Baamonde⁷ definieron la causa económica como “aquellos acaecimientos en virtud de los cuales ocurra, o fundamentalmente se prevea la ocurrencia, de producción con pérdidas sostenidas, faltando recursos o siendo inútil la inversión de los que se obtuvieran para la prosecución de la actividad producida;

⁴ La STC 22/1981, de 2 de julio, declaró que «el derecho del trabajo en su aspecto individual se concreta en igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen con los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa».

⁵ ALONSO GARCÍA, M., *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1964, p.538, para el que no bastaba que se diera onerosidad excesiva.

⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 explicitaba cuestiones relativas al fomento del empleo y la flexibilidad: con el «objetivo de proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo» o «en temas como la ordenación del tiempo de trabajo y del salario, o las modificaciones en la prestación laboral, por considerar que una actuación más flexible puede ser en muchos casos un mecanismo preventivo frente al riesgo de pérdida de empleo».

⁷ ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, 11ª Ed., Madrid, 1989.

cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa o, en definitiva, crisis”.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido acotando el concepto y de esta forma ha entendido que la situación, para poder ser considerada como tal, debe cumplir cuatro requisitos: debe ser objetiva (no bastando una mera declaración u opinión de la empresa), real y actual (no acreditándolo como tal las expectativas de crisis futura ni las circunstancias adversas ya superadas), suficiente (considerando su envergadura, entidad y volumen), y continuada (es decir, no siendo coyuntural o pasajera sino prolongada en el tiempo).⁸

La STS, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 3468) ha aclarado que no es preciso que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que la rescisión contractual contribuya a la mejoría de la empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría, si bien tal contribución debe ser *“directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota”*.⁹

En cuanto a la concepción recogida en la legislación vigente (51.1, párrafo segundo, ET), el legislador ha mantenido el tipo general de esta causa –una situación económica negativa-, efectuando cambios para favorecer su concreción. Así, la intensidad de la situación de crisis podrá acreditarse mediante “la existencia de pérdidas actuales o previstas” o “la disminución persistente de su nivel de ingresos”, circunstancia que se entenderá existente a estos efectos “si se produce durante tres trimestres consecutivos”. Otra forma de acreditar la causa económica puede ser mediante otras circunstancias “que puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”. Sin embargo, cabe señalar aquí que circunstancias que muestran que la empresa atraviesa una situación dificultosa tales como la declaración de concurso no son por sí solas causa suficiente para el despido, aunque sí podrán aportarse como prueba de la situación económica grave.

⁸ Entre otras muchas, las SSTS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996, 5297) y de 15 de octubre de 2003 (RJ 2004, 4093).

⁹ En el mismo sentido, la citada sentencia 24 de abril de 1996.

La STS de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4650) declaró que la crisis podía manifestarse en pérdidas, desequilibrio financiero o situaciones similares y, había de apreciarse respecto de la compañía en su conjunto. Más recientemente, la STS de 12 de junio de 2012 (RJ 2012, 7626) reconoció que concurría causa económica si se producía una continuada disminución del volumen de negocio.

En otras ocasiones, se ha declarado procedente la extinción cuando se han dado resultados negativos durante varios ejercicios económicos, pero en la fecha de extinción se ha producido una previsión económica positiva, y ello ha sido así por considerarse tal expectativa como insignificante en relación a la crisis padecida por la empresa (STS de 17 de septiembre de 2012 [RJ 2012, 10276]).

Un dato importante a considerar es que la situación negativa debe valorarse atendiendo a la empresa en su conjunto, no por centros o secciones (en este sentido, la ya citada STS de 14 de mayo de 1998), y para el caso de grupo de empresas, habrá de tomarse en consideración la evolución económica de todas las empresas del grupo¹⁰.

La facultad extintiva del artículo 52 c) ET suscita la problemática sobre la selección de los trabajadores afectados, en concreto si ésta selección ha de seguir algún orden concreto o no¹¹. La STS de 19 de enero de 1998 (RJ 1998, 996) zanjó esta cuestión afirmando que la selección de los trabajadores afectados corresponde, en principio, al empresario, siendo revisable su decisión únicamente cuando medie fraude de ley, abuso de derecho o discriminación¹². No obstante, como preceptúa el mismo artículo del Estatuto, los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa, la cual opera únicamente durante el ejercicio de sus funciones y no durante el año posterior (STS de 16 de septiembre de 2013 [RJ 2013,

¹⁰ *Vid.* STSJ de Navarra de 18 de abril de 2000 (AS 2000, 1016) y STS de 23 de enero de 2007 (RJ 2007, 1910) o más recientemente la del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de junio de 2016 (AS 2016, 1450).

¹¹ Pueden aplicarse analógicamente las prioridades previstas para los despidos colectivos como por ejemplo las pactadas por convenio colectivo tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad (art. 51.5 E.T.). En el caso de despidos en las Administraciones Públicas, tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido tal condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto (D.A. 16ª E.T.).

¹² En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2003 (AS 2003, 3655) entiende que la determinación de los puestos a amortizar es una facultad empresarial.

7232] y, más recientemente, STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2014 [AS 2014,2069] y STSJ de Madrid de 19 de enero de 2015 [JUR 2015, 74632])¹³.

Una cuestión delicada, que en el asunto objeto del presente dictamen fue un factor a considerar por parte del magistrado, es la relativa a las contrataciones temporales paralelamente a la extinción de un contrato acudiendo a una causa objetiva. La STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2013 (AS 2013, 1698) entiende que no se considera justificada la necesidad y razonabilidad de las extinciones de los contratos cuando se dan contrataciones sin argumentación alguna al respecto¹⁴. Para que se considere justificada será necesario que la nueva contratación lo sea con otra categoría profesional y para tareas distintas (STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2014 [AS 2015, 2288]), no bastando la alegación de descenso en el importe de la facturación, sino que el mismo ha de acreditarse, al igual que sucede con las pérdidas económicas (en este sentido, STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2013 [AS 2013, 1142]).

1.2 Requisitos: comunicación, indemnización y preaviso

En cuanto a los requisitos propios del despido objetivo por causas económicas, una de las formalidades esenciales de esta modalidad extintiva es la carta de despido. El art. 53.1 E.T. dispone que el despido objetivo requiere de una «comunicación escrita al trabajador expresando la causa», comunicación que puede adoptar las modalidades admitidas para el despido disciplinario y debe expresar los hechos que lo justifican de tal manera que el trabajador pueda articular su defensa en juicio, y debe contener la fecha del despido, siendo aplicables los criterios de suficiencia y claridad exigidos en el despido disciplinario.

Al mismo tiempo, el contenido de la carta acota las posibilidades de oposición del empresario ante una eventual demanda de despido (art. 105.2 LRJS). Así, en

¹³ En este sentido, la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2006 (AS 2007, 1212). Resulta, asimismo, curiosa la sentencia del TSJ de Extremadura de fecha 8 de marzo de 2004 (AS 2004, 655), que recoge supuestos de inaplicación de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.

¹⁴ El despido se consideraría asimismo nulo cuando se sustituya a un trabajador por otro que realiza las mismas funciones (STSJ de Extremadura de 27 de enero de 2015 [AS 2015, 716]).

relación con la causa económica, técnica, organizativa o de producción, la misma no se refiere a un tipo genérico de causa de despido como pueda ser un cambio en el proceso productivo o una reestructuración de la plantilla, ni a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa como pueda ser una crisis económica. La causa propia de este despido se refiere a las concretas dificultades o situaciones económicas por las que atraviesa la empresa, como ha declarado la Sentencia del Alto Tribunal de 1 de julio de 2010.

Por ello, deben figurar en la carta las causas alegadas, entendidas estas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar el puesto o puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva correspondiente que se comunica¹⁵. Se exige expresamente que la carta contenga expresión suficiente de la causa alegada y que coincida con la definida legalmente de forma que si en la carta se alega una cuestión distinta como pueda ser una organizativa, concurriendo en realidad una causa económica, por ejemplo, de insuficiencia presupuestaria, la comunicación no cumplirá los requisitos exigidos. Por comunicación suficiente, sentencias como la del TSJ de Galicia de 18 de octubre de 2013 (AS 2013, 2928) han entendido que basta con expresar el hecho objetivo sin más siendo suficiente la que contiene una comparativa de ventas en los últimos tres trimestres con los del ejercicio anterior.

Entrando a analizar recientes pronunciamientos relativos a la expresión de la causa en la comunicación, la STS de 12 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4140), afirma, en su fundamento jurídico segundo, que es doctrina ya unificada por la Sala sobre el alcance que ha de tener la determinación de los hechos que motivan el despido en la comunicación a que se refiere el artículo 55.1 E.T., añadiendo:

«En este sentido, la sentencia del Pleno de la Sala de 28 de abril de 1997 (RJ 1997, 3584), reiterada por otras muchas posteriores –entre ellas, las de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 1059) y 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7795), señala que la exigencia del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores

¹⁵ Vid. STSJ de las Islas Canarias, las Palmas, de 30 de noviembre de 2012 (AS 2013, 1174), STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2013 (AS 2013, 2564) y STSJ de Cantabria de 21 de octubre de 2015 (AS 2015, 2495).

(RCL 1995, 997) “ha sido reiteradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la Sentencia de 3 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7505), a tenor de la cual aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos –los incumplimientos que motivan el despido–, si exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa”; finalidad que no se cumple “cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador.»

Como ya se ha dicho, la elección del concreto trabajador o trabajadores que se vean afectados por la medida no puede quedar, como regla general, bajo control judicial, por lo que no resulta exigible que en la carta se detallen los motivos de elección de uno u otro trabajador, así como tampoco puede exigirse la acreditación de la conexión entre la causa acreditada y el trabajador afectado (en este sentido, STS de 24 de noviembre de 2015 [RJ 2015, 6392]).

Un segundo requisito sería, dado que el despido objetivo es un despido indemnizado, la puesta a disposición del trabajador, de manera simultánea a la entrega de la comunicación escrita, de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el máximo de doce mensualidades (*ex art. 53.1.b) ET*). El importe de la indemnización constituye una norma de derecho necesario (STS de 28 de octubre de 1996 y, más recientemente STSJ de Cantabria de 15 de abril de 2002 [AS 2002, 1493]), debiendo calcularse sobre el salario real percibido en el momento del despido por el trabajador, incluyendo las pagas extraordinarias¹⁶.

¹⁶ La D.A. 19 introduce una serie de matizaciones en el cálculo de la indemnización para determinados supuestos de reducción de jornada como pueden ser el de reducción por cuidado de hijo menor (art. 37.6

La puesta a disposición de la indemnización, que debe ser efectivamente realizada no bastando una mera alegación en la comunicación¹⁷ entregada al trabajador, implica que en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, el mismo ha de disponer efectivamente del importe dinerario a que ascienda la indemnización¹⁸.

Sin embargo, conviene señalar una matización introducida por sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010 (RJ 2010, 6777)¹⁹, en la que el tribunal entiende que la puesta a disposición implica que el trabajador, en cualquier momento, pueda recabar la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos. Es decir, la cantidad deberá estar siempre disponible, a su alcance, pero no será necesaria la entrega efectiva, pues lo que la ley exige al empresario es que ofrezca la indemnización y el trabajador la tenga efectivamente disponible. De esta forma, resulta válida la entrega mediante transferencia bancaria efectuada con anterioridad al cese, aunque no conste la fecha de recepción (SSTS de 24 de febrero de 2014 [RJ 2014, 2098] y de 4 de febrero de 2016 [RJ 2016, 756]).

Se admiten asimismo, como medios válidos de pago, el cheque bancario (STS de 10 de mayo de 2010 [RJ 2010, 2608]) y el pagaré, aun cuando este último constituye una promesa de pago, siempre que la fecha de vencimiento sea la misma que la de la entrega o no conste tal fecha, pues en ese caso se entiende que vence “a la vista” (en este sentido, STS de 21 de junio de 2016 [RJ 2016, 3597]). Eso sí, siempre y cuando la indemnización se abone en la fecha antedicha.

E.T.), hospitalización de hijo prematuro (art. 37.5 E.T.) o como víctima de violencia de género (art. 37.8 E.T.). En estos supuestos, cuando la reducción se lleve a cabo en el periodo previo al despido, el cálculo de la indemnización deberá realizarse sobre el salario que le hubiera correspondido percibir de no haber solicitado dicha reducción, regla aplicable igualmente a los supuestos de disfrute de los permisos de maternidad o paternidad a tiempo parcia (art. 48.6 y .7, apartados tercero y cuarto, respectivamente).

¹⁷ En ella debe figurar la cuantía de la indemnización con expresión detallada de los conceptos utilizados para su cálculo.

¹⁸ En este sentido, STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2001 (AS 2001, 1268) y STS de 26 de julio de 2005 (RJ 2005, 7046). No entendiéndose cumplido el requisito por demora (SSTS de 23 de abril de 2001 [RJ 2001, 4874] y de 17 de diciembre de 2014 [RJ 2014, 6783]) o establecimiento de condición STS de 21 de junio de 2007 [RJ 2007, 7370]).

¹⁹ Más recientemente, STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 23 de octubre de 2012 (JUR 2013, 161006), y confirmada por la STS de 2 de junio de 2014 (RJ 2014, 4218).

Dicho esto, existe una particularidad para el caso del despido en el que el empresario alegue causas económicas consistente en que, dada la dificultad de cumplimiento del requisito de puesta a disposición de la indemnización, podrá prescindirse del mismo, sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir el abono desde el momento de la efectividad la decisión extintiva (art. 53.1.b) ET). En tal situación, corresponderá a la empresa la acreditación de falta de liquidez al ser ésta quien mayor disponibilidad de elementos probatorios posee y, además, tal acreditación podrá realizarse a través tanto de una prueba plena como de determinados indicios que habrán de ser considerados como suficientes, incumbiendo al trabajador su destrucción o neutralización (STS de 25 de enero de 2005 [RJ 2005, 4257] y STSJ de Valencia de 24 de julio de 2013 [AS 2013, 2905]). La falta de liquidez quedará justificada por los balances de las cuentas bancarias (STSJ Castilla-La Mancha de 28 de mayo de 2010 [AS 2010, 1166])²⁰.

Señalar que como concepto extrasalarial que son, las indemnizaciones quedan exentas de IRPF, incluso cuando se pacte un importe superior al legalmente previsto, respetando en todo caso el límite del artículo 56.1 ET, y, en cualquier caso, los 180.000 euros para los despidos efectuados a partir del 1 de agosto de 2014²¹.

En último término, y como tercer requisito, conviene hacer una breve referencia al preaviso. El despido objetivo ha de comunicarse con un plazo de preaviso de quince días contados desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la fecha de extinción del contrato de trabajo (art. 53.1 c) ET). Ello es así porque la esencia propia del preaviso consiste en que el trabajador conozca con antelación la extinción de su contrato, pudiendo así proceder, en su caso, a la búsqueda de un nuevo empleo.

La LRJS, en su artículo 121, apartado primero, habilita al trabajador para anticipar el ejercicio de la acción de despido al momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso, la cual debe ir acompañada de una propuesta de liquidación de

²⁰ No puede alegarse como falta de liquidez la necesidad de atender de manera simultánea otras deudas (STSJ Madrid de 22 de febrero de 2010 [AS 2010, 1026]) o la única demostración de pérdidas puntuales a la fecha de despido (STS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008, 6569]).

²¹ Igualmente han de respetar este límite los despidos colectivos en los que se hubiera comunicado el inicio del período de consultas con posterioridad al 1 de agosto de 2014 (*ex art. 7 e*) y D.T. 22ª LIRPF, ambos modificados por Ley 26/2014).

las cantidades adeudadas (art. 49.2 ET). En su apartado segundo, el citado precepto prevé la posibilidad de que el trabajador, ex art 53.2 ET, disfrute de seis horas semanales destinadas a la búsqueda de nuevo empleo y no quede por ello enervada la acción de despido ni ello suponga conformidad con la decisión empresarial.

La omisión del plazo de preaviso comporta para la empresa la obligación de abonar la indemnización sustitutoria prevista en el artículo 53.1 c) del ET, no pudiendo descontar del importe de los salarios de tramitación la cuantía correspondiente al plazo de preaviso inobservado cualquiera que resulte la calificación del despido (STS de 10 de noviembre de 2011 [RJ 2012, 1344]).

2. LA NULIDAD DEL DESPIDO OBJETIVO

En esencia, las causas de nulidad del despido objetivo son las mismas que en el despido disciplinario (arts. 53.5 ET y 122.2 LRJS):

- a) La decisión extintiva motivada en alguna causa de discriminación prohibida en la CE o en la Ley, así como la producida por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. El órgano judicial deberá hacer tal declaración de oficio²².
- b) La decisión extintiva que afecta a trabajadores durante los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural 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 períodos.
- c) La de las trabajadoras embarazadas, desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato en los supuestos anteriores.

²² La STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2014 (AS 2015, 264) aclaró que es nulo el despido cuando se acuerda vulnerando la garantía de indemnidad de los trabajadores, en represalia por el ejercicio de acciones judiciales frente a la empresa por denunciar ante la Inspección de trabajo (STS de 17 de febrero de 2015 [RJ 2015, 1391] y STS de 21 de enero de 2014 [AS 2014, 996]) o como represalia ante la negativa de la trabajadora a reducir su jornada (STSJ Madrid de 20 de febrero de 2015 [AS 2015, 532]).

- d) La de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de los permisos por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (art. 37.4 ET), permiso por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.5 ET) o la reducción de jornada por guarda de menor o de persona con discapacidad (art. 37.6 ET). Asimismo, de quienes hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia por cuidado de menor o de familiar que no pueda valerse por sí mismo (art. 46.3 ET).²³
- e) La de las trabajadoras víctimas de violencia de género, que hayan ejercido su derecho de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral (arts. 37.8, 40.4 y 45.1 n) ET).
- f) La de los trabajadores después de haber reingresado al trabajo una vez finalizados los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o menor.²⁴

Esta nulidad será de aplicación “salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados” (122.2 LRJS).

La regulación de la nulidad del despido por uso del derecho de guarda legal de menor constituye una institución vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, cuya finalidad es ofrecer a las trabajadoras en esta situación una tutela reforzada frente a la discriminación, de forma que no es necesario que la trabajadora haya de probar indicios sobre conculcación de un derecho fundamental. Así lo han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 16 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10318) y 20 de enero de 2015 (RJ 2015, 222).

²³ STS 25 enero 2013 (RJ 2013, 1959).

²⁴ Como ha declarado la STSJ de las Islas Canarias de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012, 326868), es nulo el despido que se produce sin concurrir causas objetivas después de reincorporarse la trabajadora tras la baja por maternidad. En estas situaciones, aun existiendo una situación económica negativa, debe declararse nulo el despido cuando se pruebe la existencia de una conducta empresarial discriminatoria (en este sentido, STSJ de Madrid de 4 de abril de 2014 [AS 2014, 1236]).

Hasta la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante, LCVFL) no existía en nuestro Derecho interno ninguna medida específica de protección de la trabajadora embarazada frente a las decisiones empresariales de despido basadas en el estado de gestación.

Debido a la ausencia de mecanismos de protección frente a estos actos extintivos de la relación laboral, ello hubo de suplirse en nuestro Derecho interno mediante un mecanismo de protección general como es el considerar el despido de una trabajadora basado en su embarazo como un supuesto de discriminación por razón de sexo, atribuyéndole la calificación jurídica de nulidad prevista para el despido basado en una vulneración de derechos fundamentales. Esta solución fue acorde con la jurisprudencia comunitaria sobre la materia –en su momento Directiva 76/207/CEE, actualmente Directiva 2006/54/CE-, que señalaba que la sanción que han de prever los Estados miembros en sus ordenamientos jurídicos debía tener un efecto disuasorio real para el empresario, siendo adecuada al perjuicio sufrido, con el fin de garantizar una protección judicial efectiva y eficaz²⁵.

Antes de entrar a analizar la concreta prohibición objeto del presente dictamen, por hacer una breve referencia a los últimos cambios normativos que inciden en la materia, señalar que en principio, en la reforma operada en el año 2012 no hay cambios en cuanto a la protección en caso de riesgo para el embarazo o la lactancia, ni en la nulidad del despido de la trabajadora embarazada, salvo que se demuestre que la causa es otra, recayendo la carga probatoria en el empresario. Tampoco hay cambios en lo referente a la baja por maternidad ni en las medidas conciliatorias; lo que sí ha cambiado –en la reforma operada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 6 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo- es la facilidad de hacer despidos colectivos de manera que si una embarazada entra en el ámbito de un ERE, será despedida con un montante indemnizatorio de 20 días por año de servicio, salvo que se produzca una discriminación.

²⁵ En este sentido, STJCE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, asunto C-14/1983 y STJCE de 11 de abril de 1997, *Draehmpaehl*, asunto C-180/1995.

En lo referente a la conciliación de la vida laboral y familiar, la DA 1ª del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, da nueva redacción a los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo 37 ET, así como el apartado tercero del artículo 38, de la siguiente manera:

«4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.»

«5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.»

«6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. Los convenios colectivos podrán establecer, no obstante, criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una

antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.»

*«3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute. Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, **aunque haya terminado el año natural a que correspondan**. En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido **más de dieciocho meses** a partir del final del año en que se hayan originado.»*”

2.1 La interpretación por la doctrina judicial de la nulidad por razón de embarazo

Como se ha apuntado en la introducción del presente trabajo y en el inicio de este epígrafe, el despido de una trabajadora embarazada se encuentra afectado por la prohibición de despido por causas discriminatorias. Por ello, tal despido únicamente

podrá ser declarado como procedente o nulo, ya que adolece de una nulidad objetiva ex. art. 53.4 ET, distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación, cuando se produzcan una serie de supuestos como es el caso de las trabajadoras embarazadas (art. 55.5 ET).

En este sentido, la STS de 14 de enero de 2015 (RJ 2015, 747), respectivamente, analiza el supuesto de despido de una trabajadora embarazada en el que se denuncia la infracción del art. 55.5 b) ET en relación con el art. 14 CE La Sala estima que la doctrina correcta es la plasmada en la sentencia de contraste y cita la doctrina unificada establecida en las SSTS de 30 de abril (RJ 2009, 3849) y 25 de enero de 2013 (RJ 2013, 1959), resumiéndola de la siguiente forma:

“a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al

empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

*d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada **una tutela más enérgica** que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservada del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.*

*e).- Todo ello lleva a entender que **el precepto es «configurador de una nulidad objetiva**, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y **que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación»**. Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento - en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda*

consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre».

Por tanto, la calificación de nulidad corresponde cuando la decisión de despido se estima lesiva de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En los supuestos en que se reclama la nulidad por lesión de derechos fundamentales, tal como se produjo en el asunto objeto de este dictamen, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (Autos de 26 de marzo [JUR 2014, 133723] y 2 de abril de 2014 [JUR 2014, 133647]). Bien es cierto que la STS de 29 de junio de 2001 (RJ 2001, 7796) declaró que para que la falta de citación del mismo de lugar a una nulidad de actuaciones es requisito necesario la formulación de protesta previa y que se produzca una indefensión.

En un primer momento, la línea jurisprudencial parecía decantarse por la exigencia de acreditar el conocimiento del embarazo por parte del empresario²⁶, ante lo cual era la propia empresa la encargada de probar la existencia de una causa real seria y suficiente para la decisión extintiva (STC de 25 de febrero de 2002 [RTC 2002, 41] y más recientemente STC 173/2013, de 10 de octubre [RTC 2013, 173]). A favor de esta configuración subjetiva de la nulidad encontramos resoluciones como la del TSJ de Aragón de 18 de junio de 2003 (AS 2003, 2224), que no hace referencia alguna a la modificación legislativa sobre la materia introducida por la LCVFL. Sí que la consideraron algunos pronunciamientos, pero únicamente como argumento de refuerzo de la dimensión discriminatoria de la nulidad de la extinción (en este sentido, STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2004 [PROV 2004, 140677]).

Una resolución muy significativa a este respecto fue la del TSJ de Madrid de fecha 28 de enero de 2003 (AS 2003, 1515), que sostuvo que la modificación operada por la LCVFL²⁷ suponía la plasmación de la trasposición de la Directiva comunitaria,

²⁶ Ello era así dado que se exigía la existencia de un móvil discriminatorio, cuyo presupuesto era el de la existencia de un conocimiento fehaciente por parte del empresario, como declaró la STS de 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 6653).

²⁷ La LCVFL puso en circulación diversas medidas de garantía en la protección frente al despido que en términos generales conectan con la nulidad por discriminación siendo la más importante la que conlleva

debiendo por ello interpretarse conforme a tal derecho, de manera que se hacía necesaria la comunicación al empresario. Ahora bien, dado que la ley española omitía tal definición, ha de entenderse que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario ya que ello se encuentra protegido por su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y concluye:

«Es decir, la trabajadora puede comunicar o no su estado de embarazo porque pertenece al ámbito del derecho a su intimidad. Ahora bien, si opta por no comunicar su estado, y hay un desconocimiento real por parte del empresario, no puede activarse la protección legal, porque no puede imputarse al empresario una nulidad (u otras responsabilidades) motivada por el incumplimiento de una prohibición (o de unos deberes) que no tenía por qué observar».

Sin embargo, con posterioridad se ha entendido que la nulidad, como se ha explicado anteriormente, opera automáticamente y es objetiva. A favor de la concepción objetiva de la nulidad, tratando el novedoso supuesto de nulidad introducido por la LCVFL como supuesto discriminatorio, la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2004 (AS 2004, 1708) entendió que la citada ley no exigía la comunicación del estado de gestación al empresario, siendo el indicio relevante el propio estado de gestación.

En el ámbito de esta configuración, la mayoría de las resoluciones emanadas de los diferentes TSJ han distinguido entre una nulidad por motivos discriminatorios y otra por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral²⁸.

Sobre tal distinción se utilizaron distintos argumentos interpretativos como son el gramatical²⁹ o la Directiva comunitaria 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la

la calificación de nulidad para el despido que afecte a trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad.

²⁸ En este sentido, STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2001 (AS 2001, 3220), STSJ del País Vasco de 5 de marzo de 2002 (PROV 2002, 219921), STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de marzo de 2004 (AS 2004, 2033) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2005 (AS 2005, 391), entre otras.

²⁹ STSJ de Madrid de 29 de junio de 2004 (AS 2004, 2402) y STSJ de Aragón de 12 de abril de 2006 (AS 2006, 2589), entre otras.

salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el período de lactancia³⁰, como norma de mínimos (STSJ de Aragón de 12 de abril de 2005 [AS 2005, 2589]). La Directiva, en las definiciones incluidas en el artículo 2, prevé expresamente la comunicación del estado de embarazo al empresario.

También se emplearon otros como el criterio teleológico tomando en consideración la EM de la LCVFL (STSJ de Madrid de fecha 4 de mayo de 2004 [AS 2004, 2290]), el principio *in dubio pro operario* (STSJ de Navarra de fecha 20 de enero de 2006 [AS 2006, 1083]) o bien la menor afectación del derecho de intimidad de la trabajadora embarazada (STSJ de Asturias de 10 de junio de 2005 [AS 2005, 1356]).

Por otro lado, uno de los límites que encuentra esta configuración de la nulidad se refiere al período de prueba, de manera que la extinción del contrato de la trabajadora embarazada producida por desistimiento empresarial durante este periodo no goza de la protección de nulidad cualificada recogida en el artículo 55.5 b) ET. Por tanto, será necesario aportar un indicio razonable del móvil de discriminación para apreciar la nulidad del cese, ya que opera la prohibición de discriminación pero no de manera automática (SSTS de 18 de abril de 2011 [RJ 2011, 5814] y 27 de febrero de 2012 [RJ 2012, 4024] y STC de 10 de octubre de 2013 [RTC 2013, 173]).

Volviendo a las prescripciones de la normativa comunitaria, la misma prohíbe no solo notificar una decisión de despido a causa de embarazo o nacimiento de hijo durante el período de protección legalmente establecido para dichas situaciones, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión de manera previa a la expiración de dicho periodo, a pesar de que la notificación se produzca con posterioridad al periodo de protección legalmente configurado. Ello es así porque de otro modo se perdería el efecto útil de las garantías reconocidas a la trabajadora embarazada, como ha declarado la STJCE de 11 de octubre de 2007 (C-460/06).

Con respecto a la protección de las trabajadoras sometidas a fecundación *in vitro*, la STJCE de 16 de febrero de 2008 (C 506-06) parte del análisis del artículo 10 de

³⁰ Se trata de la décima directiva específica con arreglo al apartado primero del artículo 16 de la Directiva 89/931/CEE.

la ley austríaca de protección de maternidad, que establece que “*Las trabajadoras no pueden ser legalmente despedidas durante el embarazo ni en los cuatro meses siguientes al parto, salvo si el empresario no hubiese sido informado del embarazo o del parto*”. Entiende el tribunal que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, que establece la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, debe ser interpretado en el sentido en que si bien no se extiende a la fase anterior al embarazo, en los supuestos de fecundación *in vitro* podrá ser discriminatorio si viene motivado por el hecho de que la trabajadora se haya sometido al tratamiento³¹.

En España, sentencias como la del TSJ de Madrid de 17 de julio de 2015 (AS 2015, 1524) y del TSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2015 (AS 2015, 2302) han considerado que la ausencia de una causa justificativa del despido unido al hecho de que la empresa conociera que la trabajadora se había sometido a un tratamiento de fertilidad son elementos suficientes y determinantes para apreciar la nulidad del despido.

Dada la disparidad interpretativa expuesta, no hubo más opción que atenerse a un pronunciamiento del Alto Tribunal, como fue el de 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 6653), que optó por la tesis subjetiva, utilizando como criterio que avalase su decisión el teleológico, siendo lo determinante la finalidad perseguida con la introducción del supuesto de nulidad en el artículo 55.5 ET, entendiendo al mismo tiempo que el fracaso de las tesis objetiva se debe a que la misma no se ajusta a la finalidad perseguida por la norma en tanto en cuanto no considera esencial el conocimiento empresarial.

En pronunciamientos posteriores, como los de fecha 29 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3039) y 12 de marzo del mismo año (RJ 2008, 3494), el Tribunal Supremo introduce nuevos argumentos de apoyo a la concepción subjetiva de la nulidad, advirtiendo que tanto el artículo 55.5 ET como el artículo 108.2 b) de la Ley de Procedimiento Laboral (actual LRJS) recogen como extinciones contractuales exentas

³¹ Si bien el Tribunal de Justicia niega a la trabajadora la protección derivada de la Directiva 92/85 por no activarse esta protección hasta el momento de fecundación del óvulo, que es el que determina la producción del embarazo, termina otorgando la tutela a la trabajadora al amparo de la Directiva 76/207, por tratarse de un despido fundamentado en una causa que solo puede afectar a mujeres y, por ende, implicar una discriminación por razón de sexo.

de la calificación de nulidad únicamente aquellas que sean declaradas procedentes “*por motivos no relacionados con el embarazo*”.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, el Tribunal se apoya en ocasiones en el argumento de superación por la LCVFL de los niveles mínimos consagrados por la Directiva 92/85/CEE, razonando que «*en buena hermenéutica, la referencia a los “niveles mínimos de protección” que efectúa la exposición de motivos de la Ley 39/1999, lleva a entender que con esa expresión el legislador se está refiriendo a las previsiones de las Directivas traspuestas que contienen reglas de protección «mínimas» es decir, aquellas que establecen un umbral que puede ser superado*».

Y partiendo de esta premisa considera que entre las reglas que establecen mínimos superables por las legislaciones nacionales «*no se encuentra evidentemente el art. 2 de la Directiva, que no es un precepto que establezca mínimos, sino que contiene una simple definición a efectos de una protección uniforme*».

2.2 La solución interpretativa inicial del Tribunal Supremo y el cierre definitivo de la configuración de la nulidad por el Tribunal Constitucional

Si bien es cierto que el Supremo se inclina por la configuración subjetiva, un número significativo de magistrados muestra su conformidad con la configuración objetiva de la nulidad extintiva por embarazo, mediante la emisión de votos particulares³². Estos magistrados se apoyan en el criterio literal para sostener la no exigencia de comunicación al empresario.

La doctrina judicial maneja tres argumentos para objetivar la garantía previa de comunicación: la interpretación acorde a la realidad social, el principio *in dubio pro operario* y el principio de norma más favorable.

En cuanto al primero de los argumentos significa que la protección de la mujer trabajadora y la maternidad son derechos merecedores de una protección superior a la que se dispensa a otros derechos y valores constitucionales. Lo realmente determinante

³² A las sentencias de 2006 y 2008 citadas.

es que la realidad social a la que responde la nulidad por razón de embarazo es la de evitar los posibles riesgos físicos y psíquicos que puedan derivarse de la decisión extintiva.

Con respecto a la aplicación del principio *in dubio pro operario*, ello supone que ante la existencia de dos posibles interpretaciones debe escogerse la más favorable a la trabajadora, siendo ésta la que exime del conocimiento empresarial del embarazo para que opere la garantía preventiva. En cuanto al tercer argumento, la propia jurisprudencia comunitaria no se opone a que un Derecho nacional establezca normas más favorables, pero la operatividad de este principio se condiciona a que tales normas internas resulten compatibles con el derecho comunitario. Por ello, no sería aplicable este principio dado que la Directiva 92/85/CEE es contraria a los artículos 53.4 y 55.5 ET en relación al concepto de trabajadora embarazada, debiendo prevalecer la norma comunitaria.

En los votos particulares de las SSTs de 29 de febrero (RJ 2008, 3039) y 12 de marzo de 2008 (RJ 2008, 3493) se adicionan tres nuevos argumentos: la afectación del derecho de intimidad que tiene lugar en la tesis subjetiva, la configuración objetiva como expresión de la introducción de una acción positiva en nuestro ordenamiento jurídico y la exoneración, por parte de la jurisprudencia comunitaria, del deber de información al empresario por la trabajadora sobre su estado de gestación.

El Tribunal Constitucional reabrió este debate interpretativo con sus sentencias 92/2008 y 124/2009, en las que acogió la concepción objetiva de la nulidad del despido cuando la trabajadora está embarazada, desmarcándose de la postura del Tribunal Supremo.

En el primero de sus pronunciamientos, comienza el Constitucional aclarando que *«se ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental»*; concluyendo que *«difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse*

conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión».

A continuación, se detiene el Tribunal en analizar si la respuesta dada por los órganos jurisdiccionales pueda ser considerada como vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada), añadiendo que tratándose de una cuestión en la que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación de sexo debe aplicarse un “canon de motivación” reforzado.

Sostiene en primer lugar que la aplicación de los criterios interpretativos de las normas -como el gramatical o el teleológico-, permite concluir que la nulidad del despido tiene un **“carácter automático y objetivo, desvinculado de la acreditación del estado de gestación”**. En segundo lugar, afirma que la nulidad es una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación de sexo, proclamado en el art. 14 CE, así como con el derecho a la seguridad y a la salud de las trabajadoras embarazadas (por cuya garantía deben velar los poderes públicos *ex art.* 40.2 CE, y con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos (39.1 y 2 CE). Por último, argumenta que la EM de la LCVFL afirma que la trasposición efectuada supera los niveles mínimos previstos en la Directiva, siendo uno de los elementos de tal superación el no condicionar la nulidad del despido al conocimiento del estado de embarazo por parte del empresario.

En el segundo de sus pronunciamientos (STC 124/2009, de 18 de mayo), el Tribunal Constitucional confirma la concepción objetiva de nulidad del despido de una trabajadora gestante, desde el punto de vista de la discriminación por razón de sexo. Esta sentencia mantiene la configuración objetiva de la nulidad pero ofreciendo aspectos novedosos.

Así, la sentencia expone la consideración del conocimiento previo por parte del empresario como necesario y afirma que «difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier

otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión».

Por su parte, el Tribunal Supremo ha entendido que para sostener la configuración objetiva de la garantía preventiva ha de alegarse afectación del derecho a la intimidad (analizado en el epígrafe anterior). Se expone que al eliminarse la necesidad de comunicar al empresario el estado de gestación la trabajadora ve preservado su derecho a la intimidad, por tratarse de un dato –el embarazo– perteneciente a la esfera más privada de la trabajadora. Si se mantiene la exigencia de conocimiento empresarial del embarazo, la trabajadora vería afectado su derecho a la intimidad.

Sin embargo, la Directiva comunitaria exige de forma incondicional el conocimiento por parte del empresario y la LCVFL manifiesta que tal prohibición alcanza a las extinciones motivadas en el embarazo de la trabajadora, por lo que el empresario, en caso de no ser comunicado respecto de tal situación, al menos ha de tener conocimiento del embarazo por cualquier vía distinta a la formal de comunicación, sin que ello suponga un sacrificio desmesurado, desproporcionado, carente de objetividad y racionalidad para la intimidad de la trabajadora.

2.3 Consecuencias de la declaración de nulidad

El despido declarado nulo tiene como efecto principal la condena al empresario a la inmediata readmisión del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET y art. 113 LRJS)³³. Si la empresa interpone recurso, es decir, impugna la decisión judicial de declaración de nulidad, procederá la ejecución provisional de la sentencia (art. 297 LRJS).

El empresario habrá de proceder a la readmisión y, de no hacerlo, habrá que recurrir a las reglas de ejecución de sentencias firmes reguladas en el artículo anterior.

³³ Del abono de los salarios de tramitación es deducible lo percibido por el trabajador en otro empleo (STS de 13 de mayo de 1991), así como lo percibido fruto de otras prestaciones, como se expondrá en el epígrafe relativo al procedimiento ordinario.

De darse una imposibilidad material³⁴ o legal para la readmisión, el juez declarará extinguida la relación laboral así como el derecho del trabajador a la indemnización equivalente a la propia del despido improcedente, con la posibilidad de percibir la indemnización adicional prevista en el artículo 286.1 LRJS (en relación con el art. 281 LRJS).

Dicho esto, en el presente asunto concurre la particularidad del apartado segundo del art. 286 LRJS (en relación con el art. 281.2 del mismo texto), de manera que la trabajadora puede optar por la extinción de la relación laboral con abono de indemnización y salarios de tramitación o la readmisión (con el abono, igualmente, de los salarios de tramitación). Esta previsión es aplicable a los despidos declarados por acoso laboral, sexual, por razón de sexo o por violencia de género. Además, concurre otra especialidad en este asunto que, si bien no prosperó, permite a la trabajadora la posibilidad de devengar un derecho a indemnización por daños y perjuicios, ya que el mismo está previsto para los supuestos de discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas.

La STS de 23 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3121)³⁵ ha afirmado que es criterio general que no es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite.

Del artículo 183.2 LRJS se desprende que los daños morales resultan unidos a la vulneración del derecho fundamental de manera que cuando resulte difícil su estimación detallada, deberán flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización.

En el concepto de indemnización por daños y perjuicios no cabe incluir los gastos de defensa ya que ello supondría un fraude al principio de gratuidad del

³⁴ En cuanto a la imposibilidad, señalar que si se debe a una incapacidad total del trabajador que haya sido declarada durante la tramitación del despido, ello conlleva su sustitución por indemnización (STS de 7 de julio de 2015).

³⁵ En el mismo sentido, la STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5931).

procedimiento laboral, como ha declarado el Alto Tribunal en su sentencia de 4 de abril de 2007 (RJ 2007, 3171).

Por su parte, la reciente sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2015 (C 407-14), en relación con la posibilidad de imponer indemnizaciones legales adicionales por daños punitivos, ha declarado que el artículo 25 de la Directiva 2006/54 no prevé esta posibilidad, sino que impone a los Estados miembros la inclusión en sus ordenamientos jurídicos internos de las medidas necesarias para el abono de indemnizaciones que cubran íntegramente el perjuicio causado.

V. LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS MORALES

Como se ha indicado, en los procedimientos de despido motivados en una discriminación por razón de sexo suele acumularse la pretensión de reclamación de cantidad o indemnización de daños y perjuicios por los daños morales que han podido causar tanto el despido como la posterior situación de desempleo, y no solo eso sino que hay sentencias, como la citada de 23 de marzo de 2000 que entienden que esta indemnización es una de las consecuencias legales de la declaración de nulidad del despido por discriminación.

El artículo 26.2 LRJS, al regular la acumulación de acciones -que en el ámbito laboral queda restringida casi exclusivamente a la acumulación de la acción de despido y la de extinción, así como la de salarios adeudados-, permite la acumulación de la indemnización por daños y perjuicios y la indemnización por daños morales³⁶, preceptuando:

“2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184.”

En cuanto al contenido del daño moral, la jurisprudencia española lo define como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por la agresión directa a bienes materiales o bien el acervo extrapatrimonial o de la personalidad (STS 26 junio 1986). Numerosas sentencias han delimitado su alcance, interpretando que para que haya lugar a la indemnización de un daño moral es necesario que éste consista en un sufrimiento o padecimiento psíquico, impotencia, ansiedad o angustia, en la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, en el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico.

³⁶ Vid. STS 21 julio 2003.

La sentencia del TS de fecha 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089), si bien se encuadra en un supuesto de retraso en los vuelos, aborda el concepto de daños morales de la siguiente forma:

«Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (S. 22 mayo 1995 [RJ 1995, 4089]), relativa e imprecisa (SS. 14 diciembre 1996 [RJ 1996, 8970] y 5 octubre 1998 [RJ 1998, 8367]). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (SS. 9 mayo 1984 [RJ 1984, 2403], 27 julio 1994 [RJ 1994, 6787], 22 noviembre 1997 [RJ 1997, 8097], 14 mayo y 12 julio 1999 [RJ 1999, 3106 y 4770], entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad (S. 19 octubre de 1998). Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional (Sentencias 28 febrero, 9 y 14 diciembre 1994 [RJ 1995, 686, RJ 1994, 9433 y 10110], y 21 octubre 1996), propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria (Sentencias 22 mayo 1995, 27 enero 1997 [RJ 1997, 21], 28 diciembre 1998 [RJ 1998, 10161] y 27 septiembre 1999 [RJ 1999, 7272]) y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (S. 27 julio 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (SS. 12 julio 1999, 18 noviembre 1998 [RJ 1998, 8412], 22 noviembre 1997, 20 mayo y 21 octubre 1996 [RJ 1996, 3793 y 7235]), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico

(Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 24 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990 (RJ 1990, 5780)), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuyente (S. 27 enero 1998 [RJ 1998, 551]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999)».

Por su parte, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LOPCDH), al fijar el régimen de tutela judicial frente a intromisiones ilegítimas, establece en su apartado 3º:

“Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”

De esta forma, fija el alcance de la indemnización. Sin embargo, al existir una defectuosa regulación legal de la misma, en concreto en su vertiente de lesión de un derecho fundamental, de nuevo la jurisprudencia se pronuncia en el sentido de que la indemnización operara automáticamente una vez reconocida la lesión. Asimismo, será necesaria la prueba de la existencia del daño, pero no de su cuantía³⁷, sin perder de vista, tal y como señala la STC 186/2001, que la minusvaloración de los daños morales puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En ausencia de criterios objetivos, la jurisprudencia aplica analógicamente las cuantías fijadas para otras materias (STS de 20 de septiembre de 2007 [RJ 2007, 8304])

³⁷ La STC 247/2006 relaja la exigencia probatoria respecto de la cuantía solicitada.

como son la indemnización fijada para los accidentes de tráfico (la D.A. 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados remite a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), la propia de la LOPCDH, la fijada en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, TRLISOS) o la indemnización establecida para los casos de tutela de la libertad sindical (en este sentido, la STSJ de Baleares de 1 de junio de 1999 [AS 1999, 2446] y de 20 de diciembre de 2007 [AS 2008, 853]).

Esta sentencia de junio de 1999 establece una serie de criterios en los que el órgano jurisdiccional habrá de basarse a la hora de determinar, de manera prudencial, la cuantía de la indemnización. Del estudio del artículo 179.3 LRJS, la sentencia interpreta que son elementos que han de determinar esta indemnización el “resarcitorio”, el “restitutorio” y el “preventivo”, este último como novedad en la LRJS:

“3. La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.”

Para concluir con este apartado, considero pertinente traer a colación la sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de abril de 2013 (JUR 2013, 195870), la cual contempla un caso muy similar al que es objeto de estudio en el presente dictamen. La misma realiza una remisión al Auto del TS de fecha 14 de diciembre de 2010, el cual reproduce el Voto particular emitido el 19 de noviembre de 2009:

«la indemnización prevista en los artículo 15 LOLS y 180.1 LPL no se deriva automáticamente de la declaración jurisdiccional de lesión de un derecho fundamental, sino de la concurrencia de un daño efectivamente producido por dicha lesión»; de tal manera que “la alegación de tal daño injusto ha de ir acompañada de la indicación de los hechos o de los indicios en los que se pueda asentar una condena indemnizatoria”, debiendo fijarse su cuantía “con una mínima concreción sobre las bases y elementos clave de la indemnización que se reclama, fijación que en el supuesto de daño moral ha de tener en cuenta la peculiaridad del mismo a efectos de evaluación».

El alto tribunal recuerda que el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente de la tutela legal restitutoria y/o resarcitoria establecida para el despido nulo por el art. 55.6 ET, requiriéndose para tal indemnización *“la acreditación de un daño específico distinto del que es común a todo despido injustificado”³⁸*.

En aplicación de dicha doctrina así como del artículo 183 LRJS (que establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados), la STSJ de Andalucía de 12 de julio de 2012 (AS 2012, 2456)³⁹ manifiesta que:

«la nulidad del despido de la actora se configura de una forma objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación, razón por la cual si no ha quedado acreditado que la actora fuera despedida por razones discriminatorias, no

³⁸ Vid. STSS de 20 de septiembre de 2007 y 21 de diciembre de 2009, entre otras.

³⁹ En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2013 (JUR 2013, 260358) y STSJ de Valencia de 1 de julio de 2014 (AS 2014, 2658).

puede convertirse el despido por su condición de nulo en el supuesto que ampara el derecho indemnizatorio a que hace referencia el art. 183 LRJS».

Acreditada la vulneración del derecho fundamental así como el daño ocasionado -como pueda ser una crisis de ansiedad con tratamiento psicológico-, debe condenarse al resarcimiento de los daños, incluidos los morales, si bien será necesario que en la demanda se cuantifiquen de manera orientativa ya que los daños morales deben presumirse existentes (en este sentido, la STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 2014 [AS 2014, 1851]).

VI. LA VÍA JUDICIAL

Son procesos ordinarios aquellos por los cuales los órganos jurisdiccionales pueden conocer de todas las pretensiones que no tengan señalada una tramitación especial por alguna de las modalidades procesales reguladas en los artículos 102 a 148 LRJS. La condición de ordinario aparece claramente detallada en el artículo 248.1 LEC, a tenor del cual:

“Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por Ley tramitación especial. Será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda.”

En cuanto al despido por causas objetivas, su extinción se ajusta a las normas previstas para despidos y sanciones pero con determinadas singularidades. La acción caduca en un plazo de 20 días desde que el despido se haga efectivo, pudiendo ejercitarse desde el momento de comunicación del preaviso (art. 121.1 LRJS). De esta forma, el trabajador puede adelantar el ejercicio de la acción hasta 15 días naturales (art. 53 ET, modificado por la Ley 53/2010).

En el presente supuesto se alega la lesión de un derecho fundamental, por lo que procede la inversión del orden de intervención de las partes⁴⁰. De esta forma, al amparo del artículo 184 LRJS, se acumularon ambas acciones.

Esta decisión extintiva, como se ha expuesto, podía ser calificada de nula por afectar a una trabajadora embarazada (122.2 f) LRJS), debiendo pronunciarse el Juez en primer lugar sobre la vulneración de derechos fundamentales. Así lo ha declarado la STS de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1618), que afirma que ante una pretensión de nulidad de una decisión empresarial por vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, el pronunciamiento judicial sobre la vulneración ha de ser previo a cualquier otro a pesar de que se pueda preciar posteriormente la nulidad o improcedencia de dicha decisión por defectos formales.

⁴⁰ La STS de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 10684) ha declarado que únicamente procederá declarar la nulidad de actuaciones cuando se haya producido una efectiva indefensión de la parte que alega el incumplimiento.

Teniendo presente que en todo lo no previsto en la norma procesal laboral se aplica lo establecido en la norma procesal civil, sin perjuicio de la supletoriedad de la LJCA cuando se trate de impugnación de actos administrativos en la jurisdicción social, el procedimiento se inicia con el escrito de demanda.

La actora, en su demanda, solicita se declare la nulidad del despido condenando a la demandada a la inmediata reincorporación en su puesto y condiciones de trabajo, con el abono de los salarios de trámite correspondientes hasta la fecha en la que reincorporación se hiciera efectiva y, subsidiariamente a lo anterior, se declare la improcedencia del mismo, en éste último caso, condenando al demandado a readmitir a la actora en su puesto y condiciones de trabajo o a indemnizarla debidamente, a elección del demandado, con abono -de optar por la readmisión- de los salarios de tramitación correspondientes, condenando al FOGASA a estar y pasar por dicha declaración..

1. CONCILIACIÓN PREVIA

La conciliación o mediación es el cauce para intentar alcanzar una solución extrajudicial cuando se pretende demandar a una persona física o jurídica de naturaleza privada. En este caso, es requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente (en Aragón, UMAC) o ante el órgano convencional que asuma estas funciones y que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 E.T. (art. 63 LRJS)⁴¹. Se trata de un presupuesto preprocesal cuyo incumplimiento es causa de inadmisión de la demanda ante los órganos jurisdiccionales laborales (art. 81.3 LRJS).

En el asunto objeto de dictamen, dado que no se trata de una de las excepciones recogidas en el artículo 64 LRJS, requirió de conciliación previa. Así, con fecha 4 de marzo de 2016 se remite diligencia de notificación del correspondiente acto de

⁴¹ En Aragón, SAMA.

conciliación, que tuvo lugar el 11 de marzo del mismo año en el SAMA, como respuesta a la papeleta de conciliación presentada un día antes por la actora.

El acta de conciliación fue firmada, habiendo comparecido ambas partes, sin avenencia, ratificándose la actora en lo expuesto en su escrito de iniciación.

2. CELEBRACIÓN DEL ACTO DE JUICIO

Se inicia la vía judicial con una segunda conciliación ante el letrado de la administración de justicia, la cual resultó infructuosa a pesar de los ofrecimientos económicos por parte de la empresa. El juez, en un tercer lugar, también adoptó una postura conciliadora, tratando de advertir a la trabajadora de las posibles consecuencias de la celebración del juicio, instando a la misma a que se replanteara el ofrecimiento económico de la empresa, la cual lo aumentó por segunda vez. Sin embargo, la trabajadora siguió adelante.

Por su parte, la demandada alegó en el sentido en que se había manifestado en la carta de despido, reconociendo antigüedad y salario de la actora así como la categoría profesional. Como prueba de ello, aportó una serie de documentos -anexo II prueba documental- para acreditar el descenso del importe neto de la cifra de negocios, apreciándose un descenso de 60.000 euros. Asimismo, de las cuentas aportadas se apreciaban unas pérdidas económicas de 16.000 euros antes de impuestos (12.000 euros después de impuestos).

Figurando en la carta de despido unas pérdidas de 14.000 euros, ello se justifica dado que la carta se elaboró con datos de febrero y hasta julio no se presentan las cuentas en el Registro por lo que se trataba de unos datos provisionales.

Las previsiones para el año 2016 eran de una reducción del importe neto de negocio y de un aumento de las pérdidas, cumpliéndose dicha circunstancia a 31 de julio de 2016. Así, no variando apenas el INCN entre 2016 y 2015, la diferencia entre beneficios y pérdidas de un año a otro es cercana a los 60.000 euros.

Los documentos números 4 a 9 de la documental aportada ofrecían los datos contables que justificaban la medida de despido de la actora, siendo tal circunstancia la única razón que llevó a la empresa a proceder a la extinción del contrato de trabajo, la de las causas económicas y no el embarazo, como alegaba la actora.

Asimismo, los datos económicos a la fecha del despido (febrero de 2016) eran negativos, siendo en el momento de celebración del juicio aún peores.

En cuanto a la amortización del puesto de trabajo, este se amortizó y así se alegó por la demandada. No se produjo ninguna contratación, no siendo en ningún momento sustituido el puesto de trabajo de la actora por otro trabajador. A mayor abundamiento, la demandada alegó que la no necesidad de efectuar una nueva contratación ya de por sí acreditaba la amortización del puesto. Sí que se produjo una nueva contratación, pero pasados 10 meses de la fecha de cese efectivo de la actora, si bien se trató de una contratación para una categoría profesional distinta, siendo este trabajador encargado y percibiendo un complemento salarial, reflejado expresamente como tal en las nóminas, por tal cargo de responsabilidad, amparándose la demandada en lo dispuesto en la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2014, citada anteriormente, por la que se exige que para que la nueva contratación sea justificada requerirá ser una categoría profesional distinta, requiriéndose además que la nueva contratación realice funciones distintas.

Con respecto a la justificación de la decisión de despido de esa trabajadora en concreto y no otro trabajador⁴², habiéndose revisado las previsiones del año anterior y del actual, se llegó a la conclusión en junta de la empresa de que era necesario prescindir de una persona. Pues bien, dado que la actora realizaba una jornada parcial y era, en comparación con el resto de trabajadores, la que menos productividad generaba, se tomó tal decisión (en el mismo sentido y más recientemente, la ya citada STS de 14 de noviembre de 2015).

⁴² *Vid.* STS de 19 de enero de 1998, analizada con anterioridad, que afirma que la selección de trabajadores afectados corresponde al empresario salvo que medie fraude de ley, abuso de derecho o discriminación.

En la empresa la plantilla estaba compuesta por tres administrativos comerciales además de la actora, realizando uno de ellos las funciones de encargado. Sus funciones se encontraban totalmente diferenciadas de las del resto, realizando estudios de mercado, comparación de pólizas o desmenuzación de productos, entre otras.

Del documento nº 11, se apreciaba claramente la diferencia de productividad entre los trabajadores y la actora. Por ello, además de tener una jornada de 20 horas en horario de mañana, resultó ser la actora la que menos beneficio generaba para la empresa, dando lugar su falta de disponibilidad total a conflictos organizativos con los clientes.

Continuó la demandada, para concluir con su alegato, que la amortización del puesto había supuesto aproximadamente 14.000 euros de ahorro, siendo tal cantidad el coste anual de dicha trabajadora, solicitando la declaración de procedencia del despido.

Señaló por último que por el simple hecho de estar embarazada ello no implica que no se pueda despedir, sino que ha de acreditarse que el despido obedece única y exclusivamente a dicha causa, no habiéndolo acreditado así la actora. Para sostener su postura se apoyó en sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2015 (AS 2015, 885) y la del TSJ de Andalucía de 15 de abril de 2015 (AS 2015, 967).

La primera de estas sentencias entiende que procede la amortización por concurrencia de circunstancias económicas como consecuencia del descenso de las ventas y pérdidas continuadas, y que no existe discriminación por razón de sexo al encuadrarse la extinción en un contexto de medidas adoptadas con motivo de la crisis empresarial, apreciando el tribunal la razonabilidad de la medida extintiva:

«El citado juicio de «razonabilidad» tendría una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines -legales- que

se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa. Y 3).- Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (así, SSTS 27/01/14 -rco 100/13 (RJ 2014, 793) -, FJ 4 ; y SG 26/03/14 -rco 158/13- FJ 10), porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.»

Con respecto a la indemnización de daños y perjuicios, y dado que la causa del despido era la económica, la demandada no entendió que tal indemnización pudiera corresponder, y menos aún su cuantificación de 60.000 euros, absolutamente excesiva e injustificada. La misma generó una indefensión a la demandada dado que no se especificó en ningún momento en qué parámetros se basaba la misma, debiéndose haber acreditado el supuesto daño moral o psicológico. Concluyendo que se valoraría la prueba aportada de contrario, que sin embargo no llegó a aportarse.

Se preparó por la parte demandada prueba testifical de uno de los trabajadores de la empresa a fin de explicar la diferencia de funciones entre el trabajador contratado transcurridos los 10 meses, el cual ejercía funciones de encargado y el resto de la plantilla, si bien fue denegada por ser éste apoderado de la misma.

3. SENTENCIA⁴³

Por su parte, el magistrado de instancia zanjó en su primer fundamento de derecho la cuestión relativa a la imposibilidad de declaración de improcedencia ex art. 55.5 letra b) ET. En el fundamento jurídico segundo, entiende que la causa económica alegada es una mera referencia genérica, vacía de contenido, por no tener la carta una magnitud económica concreta.

Asimismo, entendió que el trabajador contratado tenía la misma categoría profesional que la actora y que, por ello, se trataba de un puesto similar, mostrando tal acto la verdadera intencionalidad empresarial a la hora de proceder al despido de la trabajadora.

Falló declarando la nulidad del despido, condenando por ello a la readmisión inmediata de la trabajadora con el abono de los salarios de tramitación a razón de 28,22 euros diarios.

4. ESTADO DE LAS ACTUACIONES

Con fecha de 14 de octubre se remitió diligencia de ordenación declarando la firmeza de la sentencia y el archivo de las actuaciones.

La actora entregó comunicación por escrito a la empresa con fecha 26 de octubre de 2016, en la que solicitaba justificante de haber procedido a la regularización de su situación ante la TGSS, así como el abono de los salarios de tramitación correspondientes. Para ello aportó, junto con la comunicación escrita, Certificado del SEPE con los datos de la prestación percibida –durante parte del tiempo transcurrido, la actora había estado percibiendo la prestación por Maternidad-, así como copia de la Resolución del INSS aprobando la prestación.

Por otro lado, en la misma comunicación manifestó su intención de disfrutar de su derecho de lactancia acumulándolo en jornadas completas, dando lugar a un total de

⁴³ *Vid.* Sentencia adjunta como Anexo III.

15 días laborales (al amparo de lo dispuesto en el Convenio Colectivo que le es de aplicación). Así, no se incorporaría al puesto hasta el transcurso de tal período, al que anudó las vacaciones no disfrutadas en el año 2016 (24 días laborales conforme a lo dispuesto en el Convenio de aplicación vigente).

Asimismo, solicitó la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años (art. 37.6 ET), concretando la misma diariamente, respetando los límites de 1/8 a 1/2 de la jornada que venía realizando. A este respecto, señalar que sentencias como la del TS de 15 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5042) han señalado que el derecho a la reducción de jornada no implica un derecho a la concreción diaria de tal reducción.

La empresa, por su parte, remitió escrito⁴⁴ ante el SEPE con fecha de 9 de noviembre, teniendo este entrada al día siguiente, por el que solicitaba la notificación por parte del SEPE a la misma del importe a devolver consecuencia de la incompatibilidad de percibir salarios de tramitación y prestación por desempleo por el mismo período.

⁴⁴ *Vid.* Escrito al SEPE adjunto como Anexo IV.

VII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo, desde un punto de vista teórico, he analizado el despido objetivo (artículo 52 c) ET) y su relación con la prohibición de no discriminación, que da lugar a la calificación de esta extinción contractual como nula en una serie de supuestos, como el que afecta a las trabajadoras embarazadas.

Si comparamos la actual redacción del despido por causas económicas con la anterior a la reforma laboral de 2010, son cuatro las principales modificaciones en la configuración legal de esta causa: la inclusión, como un supuesto de situación económica negativa, de la disminución persistente del nivel de ventas; la regulación, como supuesto específico de disminución persistente, de la situación económica negativa que se produce durante tres trimestres consecutivos, comparando cada trimestre con el equivalente en el año anterior; la eliminación de la exigencia de viabilidad o capacidad para mantener el volumen de empleo; y, por último, la supresión de la obligación de acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduzca la razonabilidad de la decisión extintiva para favorecer una posición competitiva en el mercado.

Poniendo en relación esta causa extintiva con la prohibición citada, en la práctica, el legislador ha pretendido proteger una serie de situaciones en las que ha entendido que se da un desequilibrio, como las derivadas de la maternidad y, en general, las que afectan a las mujeres -discriminación por razón de sexo- (art. 122 LRJS); si bien, en ocasiones esta protección reforzada puede dar lugar a ciertos abusos, al amparo de la citada prohibición.

Siempre que resulte probada la causa económica, acreditándose las pérdidas continuadas, comparando los trimestres de un año con el anterior y manteniéndose la situación de pérdidas o, al menos, no habiendo una mejoría, podrá resultar procedente la extinción de una trabajadora embarazada. Será necesario que tal extinción contribuya razonablemente a la mejoría de la situación económica de la empresa y, en lo referente a la selección concreta de la persona o personas afectadas, habrá de respetarse, en principio, la voluntad del empresario.

Favorece la calificación de la nulidad del despido, la realización de nuevas contrataciones, con el límite de que lo sean con la misma categoría profesional y para las mismas tareas. Asimismo, también conlleva la nulidad el no ofrecimiento de la indemnización correspondiente –y que la misma esté disponible efectivamente para el trabajador- al tiempo de comunicar la extinción de la relación, admitiéndose como medios válidos de pago los cheques y pagarés, con ciertas limitaciones.

Se debe señalar que hay sentencias que entienden que la indemnización no es la única consecuencia legal del despido discriminatorio, sino que también ha de serlo, junto con el abono de los salarios de tramitación y la readmisión, la indemnización de los daños morales cuando se pruebe la vulneración de un derecho fundamental. Sin embargo, hay otra postura doctrinal que entiende que el despido, por su condición de nulo, no puede convertirse en el supuesto que ampara el derecho indemnizatorio al que hace referencia el artículo 183 LRJS.

Respecto a la tramitación del asunto, se han puesto en práctica los conocimientos relativos al procedimiento regulado en la LRJS, en concreto, la especialidad regulada para el procedimiento de despido por causas económicas.

Por lo que se refiere al procedimiento, y como se ha señalado en el epígrafe correspondiente, resulta de especial interés la fase conciliadora tanto ante el servicio creado al efecto como ante el LAJ, en el que ha de apreciarse buena fe por las partes para el acercamiento de posturas, exigiéndose que se propongan soluciones que supongan una mejora para una y otra parte. La prueba fue eminentemente documental, dado que la testifical propuesta fue denegada por apreciar el magistrado que se el testigo propuesto no era idóneo.

Declarada la nulidad, se generaron una serie de obligaciones para la empresa como fueron la readmisión –y comunicación al SEPE para que regularizara la situación- y el abono de los salarios, habiendo de descontar lo percibido por la actora en concepto de prestación por maternidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

LEGISLACIÓN

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

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

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

FUENTES DOCUMENTALES

ALCÁZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo en la empresa*, Editorial Aranzadi, Pamplna, 2015.

ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 27ª Ed., Civitas, Madrid, 2010.

BARRIO CALLE, M.A., «La reforma del proceso laboral: el proceso ordinario», *Estudios jurídicos*, 2012.

CAVAS MARTÍNEZ, F., «El Tribunal Constitucional “blinda” el contrato de las trabajadoras embarazadas», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11/2008, 2008.

CECA MAGÁN, E., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Ediciones de la Revista General de Derecho, 2000.

DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A., «Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico», en ARMENDI SÁNCHEZ (Dir.), *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Madrid, CGPJ, 1996, pp.55 a 116.

GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GIL PLANA, J., «La nulidad del despido de la trabajadora embarazada», en *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 154/2012, Civitas, 2012.

GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M., «Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in vitro y Derecho comunitario», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 3/2008, Aranzadi, 2008.

GORELLI HERNANDEZ, J., *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Civitas, Madrid, 1995.

IGLESIAS CABERO, M., «Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 767/2008, Aranzadi, 2008.

LÓPEZ PARADA, R., «Evitación del Proceso», en AA.VV (Dir. A. Desdentado Bonete), *Memento Procedimiento Laboral*, Francis Lefebvre, 2012.

MERCADER UGINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 603 a 612.

MONTERO AROCA, J., *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «Extinción por causas objetivas», en AA.VV (Dir. Borrajo Dacruz), *El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX-I, Madrid, 1983, p.174.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., MALO OCAÑA, M.A., *Análisis comparado de los procedimientos de despido: perspectiva económica y jurídica*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.