

IUSLabor 1/2014

¿TIENE PRIORIDAD DE PERMANENCIA LA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO?

Comentario a las SJS nº 33 de Barcelona de 17 de diciembre de 2012 (ponente Ilmo. Joan Agustí Maragall) y STSJ Catalunya nº 7833/2013, de 29 de noviembre (ponente Ilma. M^a Mar Gan Busto).

Jennifer Bel Antaki

Doctoranda y Profesora colaboradora de Derecho del Trabajo
ESADE – Universitat Ramon Llull
Asociada Principal en CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA
(Gestión del Conocimiento Laboral).

Abstract

El presente artículo analiza dos sentencias que han reconocido el derecho a la prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo aplicando directamente una Directiva comunitaria.

This article analyzes two court decisions which have recognized pregnant women the right to enjoy priority in relation to their permanence within a collective redundancy performed by the company, in virtue of an EU Directive.

Title: Does a pregnant woman enjoy priority in relation to her permanence within a collective redundancy procedure?

Palabras clave: despido colectivo, prioridad permanencia, trabajadora embarazada.
Keywords: collective redundancy, priority, pregnant woman.

Sumario

1. Los antecedentes del caso
2. El fallo de las sentencias analizadas
3. La argumentación jurídica
 - 3.1. La tutela de la trabajadora embarazada: dos planos complementarios
 - 3.2. La aplicación directa de la Directiva comunitaria
 - 3.3. El conocimiento de la situación de embarazo
 - 3.4. La divergencia entre la SJS de Barcelona y la STSJ de Catalunya
4. Valoración

1. Los antecedentes del caso

La *Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament* (ACCD) llevó a cabo un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) sometido a la legislación anterior a la reforma laboral operada en 2012.

Una vez alcanzado acuerdo entre la empresa y el Comité, el referido expediente fue autorizado por el *Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya* para extinguir un total de 42 contratos de trabajo (de una plantilla de 93 trabajadores) con base en razones económicas, organizativas y de producción.

Los criterios de afectación recogidos en el acuerdo se basaron en parámetros de voluntariedad, proporcionalidad, polivalencia, especificidad, antigüedad y prioridad de permanencia; éste último referido únicamente a la prioridad de los representantes legales de los trabajadores y de los trabajadores con algún grado de discapacidad.

Entre los trabajadores afectados, 9 se encontraban en algún tipo de situación protegida (embarazo, maternidad, paternidad, reducción de jornada por guarda legal y/o pertenencia al comité de empresa); de un total de 22 trabajadores en esta situación en la empresa, lo que suponía la afectación del 41% de la plantilla en situación protegida.

Interpusieron demanda “plural” 20 trabajadores afectados, que impugnaron su concreta afectación por diferentes motivos, entre ellos, por estar en reducción de jornada por guarda legal o por estar embarazadas.

2. El fallo de las sentencias analizadas

El magistrado de instancia, Joan Agustí Maragall, anula parcialmente la resolución administra que autoriza el ERE por lo que se refiere a cuatro demandantes –tres trabajadoras embarazadas y un trabajador en reducción de jornada por guarda legal–, declarando la nulidad del despido, su inmediata readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir.

Para alcanzar esta conclusión, predica, en primer lugar, la existencia de una prioridad de permanencia a favor de la trabajadora embarazada y en permiso de maternidad, es decir, el derecho relativo a no ser afectada por un despido colectivo, salvo que concurra una causa de excepcionalidad. En segundo lugar, y con carácter subsidiario a la anterior conclusión, considera aplicable la tutela anti-discriminatoria pero especialmente reforzada, que implica la inversión de la carga de la prueba

prácticamente automática en el momento en que la trabajadora acredite el conocimiento de la situación de embarazo por parte del empresario.

La ACCD interpone recurso de suplicación contra la referida sentencia, que es desestimado por la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya.

3. La argumentación jurídica

El hilo conductor que conduce al magistrado a reconocer la existencia de un derecho de prioridad de permanencia de la trabajadora embarazada o en permiso de maternidad en el seno de un despido colectivo, pasa por empezar afirmando que el ordenamiento jurídico español no prevé, salvo que se pacte en el periodo de consultas, prioridad de permanencia alguna respecto de las situaciones vinculadas a la maternidad o paternidad, o al disfrute de los denominados “derechos de conciliación”, por sí solos y en el contexto de un ERE (hoy, despido colectivo)¹.

En efecto, ni el artículo 51 ET, ni el Reglamento que regula el procedimiento de despido colectivo (actual Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre), ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI), han contemplado la prioridad de permanencia o un tratamiento excepcional respecto de las trabajadoras embarazadas.

En cambio, la normativa internacional y comunitaria sí hacen referencia a la situación de embarazo y maternidad como situaciones especialmente protegidas.

3.1. La tutela de la trabajadora embarazada: dos planos complementarios

Son dos los niveles de tutela, radicalmente distintos pero complementarios, que cabe inferir respecto de las trabajadoras embarazadas y de aquéllas que estén disfrutando un permiso de maternidad.

Por un lado, la tutela anti-discriminatoria o *ex post*, refundida en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo

¹ Esta afirmación viene corroborada por otro pronunciamiento judicial reciente emanado de la Audiencia Nacional. Se trata de la sentencia núm. 138/2013, de 28 de junio (Ponente Ilma. Sra. D^a M^a Carolina San Martín Mazzucconi, caso Panda Security): “*el único colectivo con prioridad de permanencia contemplada legalmente es el de los representantes legales de los trabajadores (art. 51.7 ET en su reducción vigente al tiempo de los hechos)*”, interpretando que “[l]o cierto es que en ningún caso se trata de quien esté en situación de embarazo o con su jornada reducida por guarda legal quede blindado frente al despido...” (FFJJ Quinto).

y ocupación (Directiva 2006/54) y transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno por la LOI.

Se trata de la tradicional tutela anti-discriminatoria que en nuestro ordenamiento jurídico encuentra su reflejo en los artículos 53.4 y 55.5 ET –en su versión introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras– y que protege a la trabajadora embarazada y aquélla que esté ejercitando el permiso de maternidad (entre otras situaciones vinculadas al ejercicio de los “derechos de conciliación”) frente al despido individual improcedente, bien sea objetivo o disciplinario.

La tutela que dispensan dichos preceptos es calificada de anti-discriminatoria o, en términos del magistrado, *ex post*, porque predicen la nulidad del despido cuando medie un móvil que vulnere los derechos fundamentales de la trabajadora (nulidad radical) o si no cabe declarar la procedencia del despido por motivos no relacionados bien con el embarazo, bien con el ejercicio de los derechos de conciliación (nulidad objetiva).

Según el magistrado, la garantía meramente declarativa y repositoria *ex post* de los artículos 53.4 y 55.5 ET está concebida para el despido individual y, *“aunque se extendiese a las impugnaciones individuales de los trabajadores afectados por un despido colectivo (por aplicación de los arts. 122.2 y 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), tal protección deviene ineficaz e insuficiente”* por cuanto *“se limita a garantizar, a la postre, que la trabajadora embarazada o en permiso de maternidad, si resulta injustificadamente despedida (por cualquier causa), será readmitida”*, mientras que, según el magistrado y como a continuación veremos, *“de lo que se trata precisamente –según la norma comunitaria– es de prohibir la propia afectación”*².

Por otro lado, y en un plano de tutela verdaderamente distinto, la denominada tutela prohibitiva, proteccionista o *ex ante*, que emana de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85).

En concreto, el artículo 10 de la Directiva 92/85 contiene un mandato a los Estados para que tomen *“las medidas necesarias para **prohibir el despido de las***

² AGUSTÍ MARAGALL, J., “La Prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos colectivos (“salvo caso excepcional”)", *Jurisdicción Social*, núm. 127, 2012, p. 38-39 (versión digital).

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

Esta tutela es más restringida que la tutela anti-discriminatoria en cuanto al ámbito subjetivo protegido –embarazo y permiso por maternidad, exclusivamente– pero mucho más radical en cuanto a su alcance: prohíbe, con carácter *ex ante*, la posibilidad de que una empresa pueda, mediante un despido colectivo, afectar a trabajadoras en tales situaciones protegidas, *salvo en casos excepcionales*, esto es, cuando dicha afectación devenga inevitable (como por ejemplo, en caso de cierre de empresa o centro de trabajo). Tal y como ha afirmado un sector de la doctrina, “*se protege a la mujer DURANTE el embarazo y no sólo frente a decisiones empresariales BASADAS directamente en el embarazo*”³.

Pues bien, y este es el núcleo de la controversia, entiende el magistrado de instancia que esta garantía prohibitiva no ha sido correcta ni plenamente transpuesta al ordenamiento jurídico español respecto a los despidos objetivos; opinión que comparto.

En efecto, la Directiva 92/85 tiene por finalidad establecer disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo y, en particular, para proteger a la trabajadora embarazada que haya dado a luz en periodo de lactancia de diversos riesgos o situaciones laborales adversas a la maternidad.

Por tanto, considera el magistrado que la Directiva se presenta como proteccionista y prevencionista, pero no puede (ni debe) interpretarse en clave anti-discriminatoria, pues “*ni su génesis, ni su objeto ni su regulación responden a esta finalidad, sino como claramente se establece en su título: a la promoción de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*” (FFJJ XVI SJS nº 33 Barcelona).

Pues bien, según el magistrado, cuando la Ley 39/99 transpuso la normativa comunitaria, lo hizo únicamente respecto a la tutela declarativa *ex post*, pero no respecto a la tutela prohibitiva *ex ante*, que es diferente y actúa con una lógica y dinámica propias.

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

3.2. La aplicación directa de la Directiva comunitaria

Como es conocido, que la Directiva sea clara y precisa en los términos en que se expresa su artículo 10 no es suficiente. Es necesario una inexistente o insuficiente transposición al ordenamiento jurídico interno por parte del Estado para poder invocar el “efecto directo” de la Directiva comunitaria.

Pues bien, para ello, el magistrado *a quo* se basa en una conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2001 (asunto Jiménez Melgar), que afirma que esta Directiva “**produce efecto directo** y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado”.

3.3. El conocimiento de la situación de embarazo

Para cerrar el círculo, debemos preguntarnos si el conocimiento del estado de embarazo es *conditio sine qua non* para que opere la tutela prohibitiva *ex ante*. El artículo 2 de la Directiva 92/85 define como “*trabajadora embarazada*” solamente la que “*comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”. En coherencia con ello y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la tutela anti-discriminatoria, el magistrado *a quo* defiende que resulta necesario que, para hacer valer la tutela prohibitiva directamente de la Directiva, la trabajadora que la pretenda ejercer haya comunicado su estado de gestación al empresario antes del despido colectivo o bien que pueda acreditarse el conocimiento por parte del empresario.

3.4. La divergencia entre la SJS de Barcelona y la STSJ de Catalunya

Hay un momento fundamental de la argumentación jurídica en el que las dos sentencias, en mi opinión, difieren entre sí. Así, para el magistrado de instancia, la prioridad de permanencia deriva automáticamente de la tutela prohibitiva *ex Directiva*, sin necesidad de probar indicios discriminatorios. No obstante lo anterior, y seguramente consciente del impacto que esta tesis pueda tener entre la doctrina científica y/o judicial, abre la puerta a una tesis subsidiaria, que bautiza bajo el nombre de “*tutela anti-discriminatoria especialmente reforzada*”. Esta tutela, que entraría en juego únicamente en caso de no compartir la eficacia directa de la “tutela prohibitiva” nos conduce a una mayor exigencia en la justificación de la afectación

de la trabajadora embarazada, una vez probados los indicios de discriminación, con el fin de preservar el carácter “excepcional” de su afectación.

Dicho en otras palabras, al objeto de obtener una finalidad parecida a la tutela prohibitiva –la no afectación, salvo en casos excepcionales, de la trabajadora embarazada o en permiso de maternidad por un despido colectivo– se entra en la dialéctica de la inversión de la carga de la prueba, no bastando el “*clásico test de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad*”, sino “*un criterio más reforzado y exigencia de que tal afectación es indispensable o inevitable*”⁴.

Pues bien, donde el magistrado de instancia habla de aplicación directa de la Directiva comunitaria y, sólo subsidiariamente, de inversión automática de la carga de la prueba y prueba anti-discriminatoria reforzada, la Sala de lo Social, de manera –a mi entender y con todos los respetos– un tanto confusa, parece combinar los parámetros de las dos tutelas para alcanzar la siguiente conclusión.

La Sala considera que, respecto a las actrices embarazadas: (i) una vez acreditada la existencia de indicios durante la tramitación del ERE de la afectación discriminatoria por su embarazo, determinada a partir de los porcentajes de afectación y la valoración conjunta de la prueba realizada por el magistrado de instancia; (ii) se activa la inversión de la carga de la prueba; (ii) y no siendo controvertida la causa, a la hora de individualizar la afectación, no ha quedado probado que sea indispensable, razonable y objetiva la afectación de las tres trabajadoras embarazadas (cada una respecto a su departamento y en comparación con el resto de trabajadores, algunos de ellos también en situaciones protegidas). Por tanto, declara nulos los despidos de los trabajadores recurridos.

Así, por tanto, la Sala confunde, sin mayores matices, los dos planos de protección (*ex ante* y *ex post*) y señala que, por aplicación de la citada Directiva 92/85, que recoge una “tutela prohibitiva y antidiscriminatoria”, las trabajadoras embarazadas tienen “prioridad de permanencia” en relación con otros trabajadores que no tengan ningún tipo de protección o tengan una protección menor, siempre que se haya acreditado la existencia de indicios y la empresa no haya podido probar su afectación en términos de razonabilidad y objetividad.

⁴ AGUSTÍ MARAGALL, J., “La Prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas...”, *op. cit.*, p. 40.

4. Valoración

1. La sentencia del JS nº 33 de Barcelona reconoce a la trabajadora embarazada y a aquella que esté ejercitando el permiso de maternidad un derecho (relativo) de prioridad de permanencia al mismo nivel y con el mismo alcance que el reconocido para los representantes legales de los trabajadores pero que, a diferencia de éste, no viene recogido en nuestra normativa interna, sino que deriva directamente de la tutela prohibitiva contenida en el artículo 10 de la Directiva 92/85. La prioridad de permanencia no requiere de la existencia de indicios, ni la superación de porcentajes de afectación, ni comporta la inversión de la carga de la prueba para el empresario, pues no debe interpretarse en clave “anti-discriminatoria”, sino que opera automáticamente, “salvo en casos excepcionales” (por ejemplo, en caso de cierre total de empresa o centro de trabajo, o imposibilidad de reubicación) y siempre que, en el caso de embarazo, el empresario conozca dicho estado. Tal y como ha reconocido ya el propio TJUE, la Directiva 92/85 tiene efecto directo y por tanto puede ser invocada directamente por los particulares.

2. El magistrado de instancia reconoce y desarrolla una segunda vía para la protección de la mujer embarazada, que deriva de la Directiva 2006/54 y que consiste en la “tutela anti-discriminatoria especialmente reforzada”: basta con que la trabajadora embarazada pruebe la existencia de su estado de gestación (y el conocimiento por parte del empresario) para que se active la inversión automática de la carga de la prueba y el empresario deba probar que la afectación era indispensable o inevitable, bajo el prisma de un test de “razonabilidad, objetividad y proporcionalidad” mucho más reforzado.

3. Por su parte, el TSJ de Catalunya, si bien confirma la sentencia de instancia y declara nulos los despidos, confunde los dos planos de protección, exigiendo al demandante la existencia de un mínimo panorama indiciario para invertir la carga de la prueba y que opere la supuesta tutela prohibitiva (prioridad de permanencia) derivada de la Directiva, lo cual sucede en el caso de la impugnación plural de los despidos ejecutados por ACCD.

4. En principio, la protección prohibitiva o *ex ante* únicamente alcanza las situaciones de embarazo (comunicado al empresario) o en permiso de maternidad, tal y como se desprende de la literalidad de la Directiva 92/85. Sin embargo, dando un paso más allá, y en lógica con los postulados de la Directiva y de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, sería razonable extender la referida tutela a aquellos supuestos que, igual que el permiso por maternidad, dan lugar a la suspensión del

contrato de trabajo *ex art. 45.1.d) TRLET* y respecto de los que se prevé un periodo mínimo de descanso (esto es, paternidad, adopción y acogimiento).