



Roj: **ATSJ CAT 573/2016** - ECLI: **ES:TSJCAT:2016:573A**

Id Cendoj: **08019340012016200039**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2016**

Nº de Recurso: **6470/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUANA VERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATSJ CAT 573/2016,**
PTJUE 339/2018,
STSJ CAT 5954/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

Recurso de suplicación núm. **6470/2015**

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMA SRA. JUANA VERA MARTÍNEZ

En Barcelona, a 3 de junio de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado el siguiente

AUTO

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Herminia frente a la Sentencia del Juzgado Social núm. 1 de Terrassa de lecha 25 de mayo de 2015, dictada en el procedimiento nº 811/2014 y siendo recurrido QUITXALLA STARS SL. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. JUANA VERA MARTÍNEZ.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La parte demandante, D^a Herminia, interpuso el 3-10-2014 demanda por despido ocurrido el 24-09-2014, contra QUITXALLA STARS SL. y FOGASA.

2.- Acordada su admisión, se celebró el acto del Juicio en fecha 15-05-2015, al que compareció la artera y la mercantil demandada.

3.- El Juzgado Social nº 1 de Terrassa dictó sentencia nº 253/2015 en fecha 25 de mayo de 2015, en cuya virtud desestimó la demanda interpuesta por la actora contra la demandada, absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra.



3.- Mediante providencia de fecha 31 de marzo de 2016 se confirió plazo de 10 días a las partes y al Ministerio Fiscal a fin que formularan alegaciones en orden a la posible necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.- La mercantil recurrida, QUITXALLA STARS SL, formuló escrito de alegaciones el 28-04-2016 entendiéndose que no era necesario el planteamiento de la cuestión judicial y por parte de la trabajadora recurrente, D^a Herminia , se formuló escrito de alegaciones instando a este Tribunal al planteamiento de la cuestión prejudicial en los términos propuestos por el mismo.

II-OBJETO DEL LITIGIO

Recientemente, en fecha 20-01-2016, esta Sala acordó en el recurso de suplicación núm., 3002/2015 elevar al TJUE diversas cuestiones prejudiciales en relación a la corrección del despido de una trabajadora embarazada llevado a cabo en el ámbito de un despido colectivo y con relación a las Directivas 89/391, la Directiva 92/85 y la Directiva 98/59 del Consejo.

La cuestión que ahora se plantea versa sobre la corrección del despido de una trabajadora embarazada acordado como despido objetivo individual, por lo que está íntimamente relacionado con las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala en el recurso de suplicación núm. 3002/2015, siendo los fundamentos parcialmente idénticos.

El objeto, del proceso que aquí se plantea radica en resolver la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido de la trabajadora embarazada, como pretende la actora; o su procedencia, como sostiene la mercantil empleadora QUITXALLA STARS SL.

La trabajadora actora prestaba servicios para la demandada, desde el 1-09-2005 con categoría profesional de educadora infantil. La empresa demandada, dedicada a la actividad de guardería, comunicó a la actora, su despido objetivo con efectos de 24-09-2014, encontrándose la actora embarazada, y alegando en la carta de despido causas económicas, organizativas y productivas, abonando la indemnización legal y finiquito. La mercantil demandada, que tuvo conocimiento del embarazo de la trabajadora actora durante el primer trimestre de 2014, alegó en el acto del juicio que el despido de la actora respondía al hecho de ser la trabajadora de menor antigüedad en la empresa con categoría de "educadora infantil". La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social apreció la concurrencia de causa económica y, en menor medida, de causa productiva y concluyó que como quiera que la actora era la trabajadora de menor antigüedad de la plantilla, el criterio de la menor antigüedad para la selección de la trabajadora a despedir era un criterio objetivo y razonable, por lo que procedió a declarar la procedencia del mismo.

III- HECHOS PROBADOS

Los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Social son los que sigue:

1°.- D^a. Herminia prestó servicios para el empleador demandado desde el 1.9.2005, con categoría profesional de educadora infantil, grupo II, jornada a tiempo completo y salario bruto diario con prorrata de pagas extras de 40,88 euros (hecho conforme; folios nº 28, 43 a 45 y 296 a 340).

2°.- El 9.9.2014, la actora, que no es representante de los trabajadores ni consta afiliada a sindicato, recibió notificación de despido objetivo, con efectos de 24.9.2014. La carta de despido, a cuyo contenido se remite, invoca causas económicas (pérdidas en los 3 últimos ejercicios), organizativas (cambios en la plantilla) y productivas (66 niños matriculados en el curso 2013/2014 y 41 niños en el curso 2014/2015), abonando la demandada la indemnización legal en importe de 7.441,39 euros, así como el finiquito (folios nº 9 a 12 y 288 a 295).

3°.- La empresa demandante tuvo conocimiento del embarazo de la actora durante el primer trimestre de 2014 (interrogatorio de la Sra. Victoria ; folios nº 46 a 50).

4°.- La empresa demandada dispone, en la actualidad, de 52 niños matriculados y ha contratado a una trabajadora -sra. Aurelia -, con contrato temporal de 3 meses y jornada de 3 horas diarias, como auxiliar, para atender a lactantes (interrogatorio de la sra. Victoria , testifical de la sra. Enriqueta). En el ejercicio 2014/2015, el número de matriculados inicial fue de 41 niños (finalmente, de 52 alumnos); en el ejercicio 2013/2014, el número de niños matriculados fue de 58; en el ejercicio 2012/2013, el número de matriculados fue de 54 niños; en el ejercicio 2011/2012, el número de matriculados fue de 88 niños (folios nº 55, 73,90 y 106; pericial del sr. Gabriel).

5°.- Los resultados económicos de la demandada, son los siguientes (folios nº 121 a 279)

2013/2014



Importe cifra de negocios = 306.001,50 €

Resultado del ejercicio = -38.666,22 €

2012/2013

Importe cifra de negocios = 307.105,65 €

Resultado del ejercicio -4.066,72 €

2011/2012

Importe cifra de negocios = 427.686,56 €

Resultado del ejercicio -8.310,68 €.

2010/2011

Importe cifra de negocios = 484.440,40 €

Resultado del ejercicio = -45.622,94 €

6º.- La demandada cuenta con 4 educadoras infantiles, cuya antigüedad es superior a la de la actora. Además, el 5.9.2013 contrató a la sra. Milagrosa , finalizando el contrato de ésta el 25.7.2014; y el 39.0.2014, extinguió el contrato, por causas objetivas, de la administrativa del parvulario, sra. Vicenta (folios nº 287 y 322).

7º.- Interpuesta la correspondiente papeleta de conciliación en fecha 1.10.2014, se agotó la vía administrativa previa con resultado de sin avenencia en fecha 24.10.2014 (folio nº 24).

IV.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLE AL CASO

IV. 1.- La tutela de la mujer embarazada en el ámbito de prevención de riesgos a) Directiva Marco de prevención de riesgos 89/391:

-El art 6.1 establece las obligaciones generales de los empresarios, consistentes en: adoptar las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios.

-El art 6.2 establece los principios generales en materia de prevención:

- a) evitar los riesgos;
- b) evaluar los riesgos que no se puedan evitar;
- c) combatir los riesgos en su origen;
- d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud.
- e) tener en cuenta la evolución de la técnica;
- f) sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro;
- g) planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo;
- h) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual;
- i) dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

b) Directiva 92/85 de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

-El art. 10 establece:

Prohibición de despido. Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las 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 a que se refiere el ap. 1 del art. 8, 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,

2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el art. 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.

El Preámbulo de la Directiva 92/85 afirma de forma clara que "el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido."

Por tanto, el tratamiento que la Directiva 92/85 da al despido de la trabajadora embarazada es el propio de un riesgo para su salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela anti discriminatoria. Así lo hace el TJUE en el Caso Sabine Mayr contra Backerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG. Sentencia de 26 febrero 2008 . TJCE 2008\36; en que declara inaplicable la Directiva 92/85 a un caso de fecundación in vitro por no existir embarazo antes de la transferencia de los óvulos, pero considera que existe discriminación por razón de sexo al producirse el despido por dicha circunstancia.

V.- NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL APLICABLE AL CASO

V.1.- Normativa española sobre 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, que traspone la Directiva 92/85

La Ley 39/99 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar traspone la Directiva 92/85 como se refleja en su Exposición de motivos (pfo5), y reforma los arts. 53.4 y 55.5 Estatuto de los Trabajadores (ET), que contemplan dos grados de tutela frente al despido por razón del embarazo en los despidos individuales:

-Una tutela objetiva, y automática (art 53.4 b) y 55.5 pfo 2 b) ET) basada en el mero hecho del embarazo, con independencia de su conocimiento por el empresario que opera durante toda la relación laboral (vid. Sentencias del Tribunal Constitucional 124/2009 y 92/2008). En este caso, basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el despido, prueba que de producirse comportará declaración de procedencia, en caso contrario, la nulidad será la consecuencia jurídica del despido.

-Otra tutela antidiscriminatoria, consagrada en el art. 53.4, primer párrafo y art. 55.5 primer párrafo del ET , y art. 8 LO 1/07, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de hombres y mujeres: que requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario. Esta tutela también opera durante toda la relación laboral En este caso, la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo, mientras que sobre la demandada recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art 13 LO 3/07). En este caso, además de la nulidad del despido o cese, la discriminación puede originar una indemnización (arts 181 y 1B2 LFUS, en la redacción dada por la Dª. 13a de ja LO 3/07). El caso de autos es totalmente ajeno a esta tutela antidiscriminatoria.

V.2.- Normativa reguladora del despido objetivo individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción:

El Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 1/1995) vigente al tiempo de los hechos, en sus artículos siguientes:

a) Artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores que regula la extinción del contrato de trabajo individual por causa objetiva de tipo económica, técnica organizativa o de producción, en concreto dispone:

"El contrato podrá extinguirse: (...)

c) Cuando concurra alguna de las causas previstas ene! artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado".



b) Artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores que regula qué se entiende por causa objetiva de tipo económica, técnica organizativa o de producción, precepto al que se remite el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.

"Artículo 51

1. (...)

Se entiende, que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o 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.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organización de la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

c) Notificación del despido dando motivos justificados a la mujer embarazada:

(art 10.2 Directiva 92/85)

- Artículo 53 ET Forma y efectos de la extinción por causas objetivas.

"1 La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa,

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52 c), del Estatuto de los Trabajadores se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento".

VI.- RAZONES QUE JUSTIFICAN LA CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Con carácter previo debemos subrayar que no es objeto de esta causa la tutela antidiscriminatoria (Directiva 2006/54, art 2.2) consistente en el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad; pues dicha Directiva halla su desarrollo en el derecho nacional en el art 55.5 primer párrafo del ET , que exige, la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario, que por tanto ha de conocer el hecho del embarazo, siendo la consecuencia de tal conducta discriminatoria la nulidad del despido y, además, una posible indemnización por los daños causados.

Al contrario, de lo que se trata en esta causa es de discernir si la normativa interna española implementa correctamente el art 10 de la Directiva 92/85 , que contempla una prohibición de despido de mujeres embarazadas, por considerar el despido un riesgo para su salud, con la única excepción a tal prohibición de supuestos excepcionales no inherentes a su estado.

Hay que enfatizar, en este sentido, que el art 10.1 de la Directiva 92/85 prohíbe el despido de las mujeres embarazadas y no el despido de las mujeres a causa de su embarazo.

La tutela dispensada por la Directiva 92/85 es triple:

1) Tutela preventiva (ex ante) Prohíbe el despido de mujeres embarazadas, sin distinguir entre despidos individuales y colectivos y como medio de evitación de un riesgo para su salud. Las salvedades a dicha prohibición se califican como "excepcionales" y no inherentes a su estado.

2) Tutela informativa (ex interim) Exige al empresario, en esos casos excepcionales, una motivación justificada y por escrito del despido a la trabajadora afectada.



3) Tutela reparativa (ex post) Impone a los Estados miembros tomar medidas para proteger a las trabajadoras embarazadas despedidas contra las consecuencias de un despido ilegal.

La tutela preventiva (art 10.1 Directiva 92/85) no ha sido completamente traspuesta al ordenamiento español. La Ley 39/99 se limita a establecer tutela reparativa (arts 53.4b) y 55.5b) ET), que opera una vez producido el despido objetivo o disciplinario, con independencia del conocimiento del embarazo por el empresario. En este caso, basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el despido, prueba que de producirse comportará declaración de procedencia, en caso contrario, la nulidad será la consecuencia jurídica del despido,

Sin embargo, la normativa española no prohíbe el despido de mujeres embarazadas salvo casos excepcionales no inherentes a su estado, como impone el art 10.1 de la Directiva, ni en el caso de despidos colectivos, ni en el caso de los individuales objetivos (como el que nos ocupa).

En este punto el objeto nuclear de la cuestión que se plantea es determinar si los "casos excepcionales no inherentes a su estado" que juegan como excepción a la prohibición de despido (art 10.1 Directiva 92/85), se debe entender que concurren cuando se acredite la existencia de causa de extinción objetiva -individual- de tipo económica, técnica, organizativa o de producción prevista, en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (que, a su vez, se remite al artículo 51.1. del Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a qué se entiende por causa económica, técnica, organizativa y de producción) y si se satisface la finalidad del artículo 10 de la Directiva 92/85 , relativa a impedir el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, a través de la protección que otorga nuestro Ordenamiento mediante el artículo 534 b) y 55.5 pfo 2 b) Estatuto de los Trabajadores , que sanciona con la nulidad el despido de las trabajadoras que hayan sido despedidas durante el embarazo, con independencia de que se acredite que el empresario conocía dicha circunstancia, "salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia" previstos.

De ahí derivan las 5 cuestiones que pasamos a motivar.

VI.1- MOTIVACIÓN DE LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN

La primera de las cuestiones, en orden lógico, radica en interpretar si la excepción de prohibición de despido de mujeres embarazadas prevista en el art 10.1 Directiva 92/85 , consistente en "casos excepcionales no inherentes a su estado", debe entenderse que concurre con la acreditación de que el despido individual responde a causas objetivas -de tipo económico, técnicas, organizativas o de producción-, y si la concurrencia de dichas causas al considerarse "casos excepcionales no inherentes a su estado", pueden justificar la declaración de procedencia del despido de la mujer embarazada como hace en nuestro Ordenamiento el artículo 53.4 Estatuto de los Trabajadores , al establecer que "Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en, esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados".

El órgano proponente entiende que la interpretación de la directiva 92/85 reclama su consideración como una Directiva que desarrolla los principios generales de la prevención de riesgos para la salud, previstos en la Directiva Marco de prevención de riesgos 89/391. De esta manera, entendido el despido como un riesgo en sí para la salud de la mujer embarazada (estrés, intranquilidad, inseguridad, angustia, derivados de la pérdida del trabajo por despido), el primer deber del empresario es evitar ese riesgo (art 6.2 a) Directiva 89/391). Por ello, las salvedades a la prohibición del despido de la mujer embarazada se configuran como algo verdaderamente excepcional que, a nuestro entender, va mucho más allá que las meras circunstancias económicas, técnicas o productivas que pueden justificar un despido objetivo individual no ya de la trabajadora embarazada, sino de cualquier trabajador, por lo que de entenderse satisfecha la excepción con la mera acreditación de causas objetivas -de tipo económico, técnicas, organizativas o de producción- no se introduciría la nota de excepcionalidad exigida por el legislador europeo respecto de la mujer embarazada.

En este marco de excepcionalidad que exige el art 10.1 de la Directiva para inaplicar la prohibición de despido de mujeres embarazadas, no tienen cabida aquellos casos en que, concurriendo motivos para la extinción individual por causas objetivas, sin embargo existen posibilidades de recolocar a la trabajadora embarazada en otro puesto de trabajo, o afectar a otros trabajadores que no se encuentren en estado de gestación.

Por ello, la primera y la segunda cuestión son las siguientes:

1) ¿Debe interpretarse el art 10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de "casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales", en tanto que excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, se entiende cumplida con la mera acreditación de la concurrencia de causas objetivas de tipo económico, técnicas, organizativas o de producción, en el sentido



en que las define el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores al que se remite el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores ?

2) ¿En caso de despido objetivo individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia conforme al art 10.1 de la Directiva 92/85 , ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo» o que no existan otros trabajadores en puestos de trabajo similares que puedan verse afectados, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?

VI.2.- MOTIVACIÓN DE LA TERCERA Y CUARTA CUESTIÓN

Si la respuesta a la primera cuestión, es afirmativa y, por tanto, la excepcionalidad que exige el art 10.1 de la Directiva 92/85 es identificable con la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En este sentido, la norma española considera el despido de la mujer embarazada nulo, salvo que el empresario pruebe que el mismo se ampara en "motivos no relacionados con el embarazo" (art. 53.4 Estatuto de los Trabajadores), pero no exige que concurra un caso excepcional no inherente a su estado (art 10.1 Directiva 92/85).

Por tanto, en materia de despidos objetivos individuales (art 55.5b) y 53.4b ET), la normativa española de rango legal no contempla la tutela preventiva del art 10.1 de la Directiva; sino sólo la tutela reparativa de su art. 10.3.

Pero es más, en el ámbito de los despidos colectivos, ex artículo 51.5 Estatuto de los Trabajadores , la normativa española faculta a establecer prioridades de permanencia en la empresa por vía de la negociación colectiva en favor de trabajadores/as con cargas familiares (ej mujer embarazada), mayores de determinada edad o personas con discapacidad (art 13RD 1483/12), lo que si bien supone que la prohibición del art-10.1 Directiva 92/85 pueda ser disponible por vía de negociación colectiva en el derecho interno español, lo cierto es que para los despidos individuales objetivos (supuesto que nos ocupa), por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ni siquiera existe dicha previsión legal y únicamente se prevé la preferencia de permanencia de los representantes de los trabajadores, segundo párrafo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores .

A diferencia de lo que ocurre con otros colectivos (representantes de tos trabajadores, delegados sindicales), las mujeres embarazadas -como ocurre en el presente caso- pueden ser despedidas por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, sin que concurran "casos excepcionales no inherentes a su estado", como exige el art 10.1 Directiva 92/85 y aun existiendo otros trabajadores que, ocupando puestos similares en la empresa, podrían verse afectados por el despido. Ello ocurre cuando, existiendo puestos de trabajo que podría ocupar la trabajadora embarazada, tras hacerse efectivo el despido colectivo, ¡os mismos son atribuidos a otros trabajadores/as sin que las circunstancias que llevan a seleccionarlos en detrimento de la trabajadora puedan calificarse de "casos excepcionales no inherentes a su estado".

En la normativa interna española los casos excepcionales a que se refiere el art 10.1 Directiva 92/85 son identificables con aquéllos en que el despido afecta a alguna persona con prioridad de permanencia en la empresa, en cuyo caso, se genera el deber reforzado de justificar en la decisión final de despido colectivo la afectación de tales trabajadores, como prevé la Directiva 92/85 (art 10.2). Es decir, pueden ser despedidos, pero siempre que no puedan ejercer su preferencia de permanencia (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm.- 772, de 27 de julio de 1989). Ello no ocurre con las mujeres embarazadas despedidas por causas objetivas de tipo económica, técnica, organizativa o de producción.

Todo ello, nos lleva a plantear la segunda y tercera cuestión:

3) ¿Es conforme al art10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 , que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?

4) ¿Es conforme al art 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 una legislación nacional, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido individual de tipo objetivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia?

VI.3.- MOTIVACIÓN DE LA QUINTA CUESTIÓN.



En los casos de despido de una trabajadora embarazada el art 10.2 de la Directiva 92/85 exige una motivación justificada y por escrito del despido a la trabajadora afectada.

Esta motivación, cabalmente, habrá de justificar la excepcionalidad a que se refiere el art 10.1 de la Directiva para proceder al despido de la trabajadora embarazada, que habrá de ser distinto y más exigente que la motivación del despido individual objetivo.

En la normativa española se exige una motivación de estas características en determinados supuestos, como cuando existe una prioridad de permanencia, sea de origen legal, como convencional: (ej. arts 51.5 ET, art 68b ET, art 10.3 LO 11/85 de 2 de agosto). En todos estos casos, el art 3 del RD 1483/12 relativo a los despidos colectivos, exige que la empresa justifique la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

En la carta de despido del caso concreto, la empresa, ciñéndose a la normativa nacional, que no contempla prohibición alguna de despedir a mujeres embarazadas, no justifica el despido de ésta, puesto que no hay prioridad de permanencia alguna atribuida a las mismas, ni informa de los criterios de selección que le han llevado a afectarla por el despido objetivo, de modo que no es sino hasta el juicio que la empresa informa de que el criterio por el que ha sido seleccionada, pese a estar embarazada, es su menor antigüedad en la empresa.

Ello nos lleva a plantear la siguiente cuestión;

5) ¿A los efectos del apartado 2 del art 10 de la Directiva 92/85, es conforme una normativa nacional que considera suficiente una carta de despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional ni a cuáles son los criterios que justifican la selección de la trabajadora, a pesar de su estado de gestación?

VII- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN AL TJUE.

En base a los antecedentes, hechos y consideraciones expuestos, y conforme al art 267b) TFUE; art 23 Estatuto TJUE (Protocolo nº 3 sobre el Estatuto del TJUE anejo a los Tratados) y art- 93 a) Reglamento TJUE (DOUE 29/09/12 L265-1)

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS

Primero.- Plantear en trámite de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes preguntas:

1) ¿Debe interpretarse el art 10.1 de la Directiva. 92/85 en el sentido de que el supuesto de "casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales", en tanto que excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, se entiende cumplida con la mera acreditación de la concurrencia de causas objetivas de tipo económico, técnicas, organizativas o de producción, en el sentido en que las define el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores al que se remite el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores ?

2) ¿En caso de despido objetivo individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia conforme al art 10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o que no existan otros trabajadores en puestos de trabajo similares que puedan verse afectados, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?

3) ¿Es conforme al art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que trasponde dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?

4) ¿Es conforme al art 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 una legislación nacional, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido individual de tipo objetivo, por causas económicas, técnicas» organizativas o de producción, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia?



5) ¿A los efectos del apartado 2 del art 10 de la Directiva 92/85 , es conforme una normativa nacional que considera suficiente una carta de despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional ni a cuáles son los criterios que justifican la selección de la trabajadora, a pesar de su estado de gestación?.

Segundo.- Suspender las presentes actuaciones mientras se resuelven tales cuestiones.

Se acuerda remitir testimonio de esta resolución, con testimonio de todas las actuaciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a quien se solicita que remita acuse de recibo de todo ello.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así por esta Resolución, que es firme, lo acordamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ