



Roj: **ATSJ CAT 581/2016** - ECLI: **ES:TSJCAT:2016:581A**

Id Cendoj: **08019340012016200040**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2016**

Nº de Recurso: **3002/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATSJ CAT 581/2016,**  
**GTJUE 21/2017,**  
**PTJUE 61/2018,**  
**STSJ CAT 2692/2018**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CATALUNYA

-SALA SOCIAL-

EL

Recurso de suplicación núm **3002/2015**

PARTE ACTORA: D<sup>a</sup> Camila

PARTE DEMANDADA: BANKIA S.A; REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Sección Sindical de CCOO; Sección Sindical de UGT; Sección Sindical de ACCAM; Sección Sindical de SATE y Sección Sindical de CSICA); FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUIS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona, a veinte de enero de 2016,

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado el siguiente

### **AUTO**

En el recurso de suplicación interpuesto por Camila frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Mataró de fecha 25 de febrero de 2015, dictada en el procedimiento Demandas nº 96/2014 y siendo recurrido/a Sección Sindical de Bankia de CCOO, Sección Sindical de Bankia de UGT, Sección Sindical de Bankia de ACCAM, Sección Sindical de Bankia de SATE, Sección Sindical de Bankia de CSICA, Bankia, S.A., Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

### **I.- ANTECEDENTES PROCESALES**



- 1.- La parte demandante, D<sup>a</sup> Camila , interpuso el 3 de febrero de 2014 demanda por su despido, ocurrido el 10 de diciembre de 2013, contra BANKIA, SA, representantes de los trabajadores y FOGASA.
- 2- Acordada su admisión, se celebró el acto del juicio en fecha 03 de febrero de 2015, al que compareció BANKIA SA, pero no el resto de codemandados.
- 3.- El Juzgado Social nº 1 de Mataró dictó sentencia nº 43/2015 en fecha 25 de febrero de 2015 , en cuya virtud desestimó la demanda interpuesta por la actora contra los codemandados absolviendo a éstos de todas las pretensiones formuladas contra los mismos.
- 3.- Mediante providencia de fecha 19 de noviembre de 2015 se confirió plazo de 15 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.- El Ministerio Fiscal formuló escrito de alegaciones, que presentó el 3 de diciembre de 2015, que no considera necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial. BANKIA SA formuló escrito de alegaciones, que .presentó el 17 de diciembre de 2015, que no considera necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE.

## II.- OBJETO DEL LITIGIO

El objeto del proceso radica en resolver la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido de la trabajadora embarazada, como pretende la actora; o su procedencia, como sostiene Bankia.

La síntesis de los hechos probados es la que sigue:

- 1) La actora trabajaba para Bankia. El 09/01/13 se inicia un período de consultas, que termina con un acuerdo de 08/02/13 de la comisión negociadora en que se abordan: despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar.
- 2) El 13/11/13 BANKIA notifica a la trabajadora carta de despido por causas objetivas de tipo económico, con efectos de 10/12/13, en virtud del acuerdo de la comisión negociadora. En ese momento la trabajadora estaba embarazada.

En el acta del Acuerdo de la Comisión negociadora establece el Acuerdo 11 extremo segundo del subapartado B, que para la determinación de las personas afectadas por la decisión de extinción tomada directamente por la parte de la empresa, se tomarán como criterios:

- 1) El ámbito de afectación que se tomará será la provincia o las agrupaciones y/o unidades funcionales de servicios centrales en la que se preste servicios.
- 2) En este sentido, una vez deducidos de los puestos de trabajo que la Empresa decida amortizar como consecuencia del procedimiento. de adhesión y descontadas aquellas personas que se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica cambio de puesto de trabajo para cubrir las necesidades originadas por las adhesiones iniciadas por los empleados (...), la Empresa designará a las personas afectadas por el despido colectivo dentro del ámbito. correspondiente teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto del perfil competencias, indicadores de potencial".

En la misma acta también se establecen como criterios de prioridad de permanencia:

1. En el caso de matrimonios o parejas de hecho, sólo se podrá afectar a uno de los cónyuges a su elección de acuerdo a las necesidades funcionales y de perfiles requeridos, pudiendo ser necesaria la movilidad geográfica para cumplir este requisito.
2. -En el caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33% reconocida y acreditada por los Organismos competentes de cada CCAA, y siempre y cuando exista amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional.

En la carta de despido, cuyo contenido obra en el relato fáctico se dice: "En el caso concreto de la provincia de Barcelona en la que Ud. presta servicios, una vez resuelto el procedimiento de adhesión al programa de bajas indemnizadas, descontadas las personas afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambios de puestos de trabajo, se hace necesario un mayor ajuste de plantilla, debiendo procederse a la extinción de contratos de trabajo por designación directa de la empresa, según lo previsto en el apartado 11-B del citado Acuerdo de 08/02/13, y en su Anexo III relativo a los criterios de afectación de empleados.

En este sentido como resultado del proceso de valoración realizado en la entidad, que fue tratado en el periodo de consultas, siendo un elemento relevante para la adopción del Acuerdo de 08/02/13, del que fue incorporado como parte del mismo, su valoración es de 6 puntos, que se encuentra entre las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, en la que Ud. presta servicios.



Por todo ello, en aplicación de los criterios de afectación expuestos y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10/12/13.

A partir de tal sustrato fáctico, la sentencia de instancia resuelve la procedencia del despido de la trabajadora, porque la misma no tiene ninguna prioridad de permanencia en la empresa y porque la carta de despido contiene información suficiente sobre el despido las causas y el criterio de selección de los afectados, basado en una puntuación derivada de una valoración válida y utilizada para todos los trabajadores/as afectados por el despido colectivo.

### III.- HECHOS PROBADOS

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

1.- La parte demandante Camila prestaba servicios por cuenta y bajo la dependencia de BANKIA SA, con la categoría profesional de Grupo 1 Nivel XI (POP 21), desde el día 18 de abril de 2006, (hechos no controvertidos) percibiendo un salario bruto mensual de 2053,70 euros incluida la prorrata de pagas extraordinarias (documentos 2, 3 y 8 demandada).

2.- En fecha 9. de enero de 2013, se inicia periodo de consultas entre la empresa BANKIA SA y la representación de los trabajadores (Sección Sindical de CCOO, Sección Sindical de UGT, Sección Sindical de ACCAM, Sección Sindical de SATE y Sección Sindical de CSICA), alcanzando las partes un acuerdo, de fecha 8 de febrero de 2013, de la comisión negociadora del periodo de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en BANKIA SA, cuyo contenido consta en autos dándose enteramente por reproducido (documento 6 demandada).

3.- En fecha 13 de noviembre de 2013, BANKIA SA notificó a la trabajadora, carta, cuyo contenido consta en autos dándose enteramente por, reproducido (documento 1 demandante y 4 demandada), en la que se comunica la extinción de su relación laboral por causas objetivas de tipo. económico, con efectos de 10 de diciembre de 2013, en virtud del acuerdo de la comisión negociadora del periodo de consultas del despido colectivo modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en BANKIA SA, firmada en fecha 8 de febrero de 2013.

En dicha carta, sobre la base de causas económicas que dieron lugar a un procedimiento de despido colectivo que culmina con el mencionado acuerdo, se establece lo siguiente: "(...) Asimismo, una parte de lo pactado en dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo.

En el caso concreto de la provincia de Barcelona en la que Ud. presta servicios, una vez resuelto el procedimiento de adhesión al programa de bajas indemnizadas descontadas las personas afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambios de puestos de trabajo, se hace necesario un mayor ajuste de plantilla, debiendo procederse a la extinción de contratos de trabajo por designación directa de la empresa, según lo previsto en el apartado 11-B del citado Acuerdo de 8 de febrero de 2013 y en su Anexo III relativo a los Criterios de Afectación de Empleados.

En este sentido, como resultado del proceso de valoración realizado en la Entidad, que fue tratado en el periodo de consultas, siendo un elemento relevante para la adopción del Acuerdo de 8 de febrero de 2013, al que fue incorporado como parte del mismo, su valoración es de 6 puntos, que se encuentra entre las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, en la que Ud. presta servicios.

Por todo ello, en aplicación de los criterios de afectación expuestos y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10 de diciembre de 2013. (...)"

El mismo día de notificación de la carta extintiva se le puso a disposición a la trabajadora mediante transferencia bancaria la cantidad de 11.782,05 euros en concepto de indemnización (documento 5 demandada).

4.- La actora obtuvo una valoración de 6 puntos (documentos 18 y 19 demandada) .



5.- La trabajadora estaba embarazada en el momento en que se produjo su despido (documentos 3 a 5 demandante).

6.- En fecha 1 de abril de 2014, se intentó sin efecto la previa conciliación entre las partes, habiéndose presentado papeleta de conciliación el día 9 de enero de 2014 y demanda judicial el 3 de febrero de 2014.

#### IV.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLE AL CASO

IV.1.- La tutela de la mujer embarazada en el ámbito de prevención de riesgos

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 reducirlos 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;

í) 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 período de lactancia.

- El art. 10 establece:

Prohibición de despido. Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el art. 21 del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) Los Estados miembro tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el período 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 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 Bäckerei und Konditorei Gerhard Flockner 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.

#### IV.2.- Despido colectivo

La Directiva 90/59 del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

En su art. 1, define los despidos colectivos como "los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:..."alguno de los previstos en el art. 1.a) i) y en 1.a) ii).

En su art. 2.3 establece: "A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito: (...)

los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido;"

#### 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 periodo 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 (pfo 5) , 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 . 41 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 182 LRJS , en la redacción dada por la DA 13ª de la LO 3/07 ). El caso de autos es totalmente ajeno a esta tutela antidiscriminatoria

V.2.- Normativa sobre despido colectivo que traspone la Directiva 98/59 Despido colectivo: Estatuto de los Trabajadores:

##### Artículo 51

1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

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 organizar 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.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

(...)

El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

(...)

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- d) Período previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

(...)

3. (...) 4. (...)

5. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

6. La decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para este despido. La interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella.

La autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

7. (...). 8. (...). 9. (...). 10. (...). 11. (...)

b) RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.



### Artículo 13 Prioridad de permanencia en la empresa

Conforme lo establecido en el artículo 61.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.

Dicha prioridad de permanencia favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante su periodo de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

La empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

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 periodos 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 escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

- RD 1483/2012, Artículo 14 . Notificación de los despidos

1. Tras la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, el empresario podrá comenzar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar en los términos y condiciones establecidos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores .

2. En todo caso deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral a que se refiere el artículo 2 y la fecha de efectos de los despidos.

### 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 ( como el que nos ocupa ), ni en el caso de los individuales ( disciplinarios u objetivos ).

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 ), son lo mismo o no, que "uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" como supuestos que justifican el despido colectivo ( art. 1 Directiva 98/59 ).

De ahí derivan las 5 cuestiones que pasamos a motivar.

#### V.1.1.- 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", es lo mismo o es algo distinto. a los supuestos que justifican el despido colectivo en el art. 1.1a) de la Directiva 92/95 : "uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores".

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 colectivo.

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 el despido colectivo, sin embargo existen posibilidades de recolocar a la trabajadora embarazada en otro puesto de trabajo.

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, que han dado a luz o en período de lactancia, es un supuesto no equiparable a "uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" a que se refiere el art. 1.1a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998 , sino más restringido?

2) ¿En caso de despido colectivo, 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 es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?

#### V.1.2.- 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 no es identificable con el motivo no inherente a la persona de la Directiva 98/59 , hay que entrar a examinar la correcta trasposición por la normativa española del art. 10.1 de la Directiva.

En este sentido, la norma española considera el despido de la mujer embarazada nulo, siempre que el empresario pruebe una causa objetiva y razonable para los mismos (equivalente a los motivos no inherentes





a la persona de los trabajadores de la Directiva 98/59), 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 colectivos ( art. 51.1. ET ) e 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.

Sin embargo, 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. 13 RO 1483/12). Ello conlleva que la prohibición del art. 10.1 Directiva 92/85 sea disponible por vía de negociación colectiva en el derecho interno español. Tal disponibilidad no asegura el cumplimiento en todo caso con la prohibición del art 10.1 de la Directiva, sino sólo en aquellos en que haya un acuerdo al respecto entre los representantes de los trabajadores y el empresario en casos de despido colectivo.

A diferencia de lo que ocurre con otros colectivos (representantes de los trabajadores, delegados sindicales), en el caso de mujeres embarazadas la prioridad de permanencia en la empresa es meramente negociable, por lo que 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 . Ello ocurre cuando, existiendo puestos de trabajo que podría ocupar la trabajadora embarazada, tras hacerse efectivo el despido colectivo, los 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", como puede ser la mera conveniencia de los negociadores.

En la normativa interna española los casos excepcionales a que se refiere el art. 10.1 Directiva 92/85 son identificables con aquellos 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 se exige que la empresa justifique razones excepcionales que amparen tal decisión, distintas de las que amparan el despido colectivo. Ello no ocurre con las mujeres embarazadas.

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

¿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 periodo 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)?

¿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 colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia?

#### V.1.3.- MOTIVACION 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 colectivo.

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: (ejs. arts. 51.5 ET , art. 68b ET , art. 10.3 LO 11/85 de 2 de agosto ). En todos estos casos, el art. 13 del RD 1483/12 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 éstas en el marco del despido colectivo, puesto que no hay prioridad de permanencia alguna atribuida a las mismas.

Ella nos lleva a plantear la siguiente cuestión:

¿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 además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva?

#### 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. 93a) 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, que han dado a luz o en periodo de lactancia", es un supuesto no equiparable a "uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" a que se refiere el art. 1.1a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998 , sino un supuesto más restringido?

2) ¿En caso de despido colectivo, 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 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 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, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado 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, además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva?

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