

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

- 47 Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social
Santiago González Ortega, Joaquín García Murcia, Fernando Elorza Guerrero (Coord.)
- 48 Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo
XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñeira Fernández (Coord.)
- 49 Políticas de Empleo y Nuevos Territorios de la Regulación: Discursos y Prácticas para un Modelo de Gestión Regional-Local
María Rosa Vallecillo Gámez
- 50 Reformas estructurales y negociación colectiva
XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coord.)
- 51 Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Eva Garrido Pérez (Coord.)
- 52 Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil
XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Luis Monereo Pérez (Coord.)
- 53 El Derecho a la Negociación Colectiva Liber Amicorum
Profesor Antonio Ojeda Avilés
Juan Gorelli Hernández (Coord.)
- 54 Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Manuel Gómez Muñoz (Coord.)
- 55 Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo
Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez y Carmen Ferradans Carames (Coord.)
- 56 La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo.
Liber Amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura.
José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)
- 57 Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos: XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.
José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)
- 58 Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social
Jesús Cruz Villalón, José M. Gómez Muñoz y Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco (Coordinadores)
- 59 Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años de La Unión.
XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Juan Gorelli Hernández (Coord.)
- 60 Las modalidades de contratación laboral.
Libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada

El TJUE se ha convertido en uno de los motores de renovación de la legislación laboral y de seguridad social de los Estados miembros de la UE más dinámicos e intensos. Con una frecuencia cada vez más acelerada, conocemos sentencias comunitarias, instadas expresamente por los diversos niveles inferiores de la jurisdicción social nacional, críticos no sólo con la legislación estatal sino con la jurisprudencia nacional, que provocan auténticos “micro-seísmos” en nuestro ordenamiento y experiencias jurídico-sociales. Por citar los más recientes, bastaría con recordar la STJUE 8 de mayo de 2019, en relación a la pensión de jubilación para las trabajadoras a tiempo parcial, o la STJUE 14 de mayo de 2019, en relación al registro horario. No se trata de casos aislados (los avatares y decepciones del asunto Diego Porras no obsta a su valor sistémico), sino de ejemplos continuos de un proceso de transformación jurídico-cultural mucho más extenso y profundo, como ilustra que las principales instituciones jurídico-laborales estén afectadas (contratos temporales; igualdad y no discriminación, en especial por razón de sexo, pero no sólo; transmisión de empresa; tiempo de trabajo, despidos colectivos, despidos objetivos; etc.),

Por eso, el CARL, de acuerdo con las Universidades Públicas andaluzas, decidió dedicar sus XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, a analizar, con detalle y precisión, cuál está siendo el impacto en la legislación socio-laboral española de una jurisprudencia especialmente activa y pretoriana, como la comunitaria. Esta obra, claro fruto colectivo, recoge las diversas ponencias, generales y específicas, presentadas en tan notable evento académico y socio-profesional, con lo que ofrece el panorama más completo y actual existente hasta este momento en tan determinante cuestión para el presente y el futuro de las relaciones de trabajo y su ordenación.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



9 788409 116485



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO



JUNTA DE ANDALUCÍA



61

IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Cristobal Molina Navarrete
Coodinador

61



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

- 34 Derecho del Trabajo. Libre Competencia y Ayudas de Estado
José Manuel Gómez Muñoz
- 35 El Proyecto profesional y de Vida de Mujeres con Escasa Cualificación Orientadora
Magdalena Suárez Ortega
- 36 Los Efectos Económicos de la Inmigración El Sector de la Agricultura de España
Miralova Kostova Karaboytcheva
- 37 La aplicación de la ley de Dependencia en Andalucía
Santiago González Ortega (Director) Estefanía Rodríguez Santos, Cristina Blasco Raseo, Margarita Arenas Viruez
- 38 Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coordinador)
- 39 La situación social-laboral de los profesionales de la comunicación en Andalucía
Francisco Javier Calvo Gallego, (Director), Joaquín Guzman Cuevas, Francisco Liñán Alcalde, María José Gómez Biedma, José Fernández Serrano, Antonio J. Valverde Asencio
- 40 Efectividad de la mediación en conflictos laborales
Roberto Martínez Pecino
- 41 Derechos de Libertad Sindical y Principio de Igualdad
Esther Carrizosa Prieto
- 42 Cuestiones Problemáticas de la Negociación Andaluza
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Sebastián de Soto Rioja (Coord.)
- 43 La seguridad y la salud en el trabajo autónomo
Un enfoque sectorial
Antonio Álvarez Montero Manuel García Jiménez (Coords.)
- 44 El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad
Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito
Juan Gorelli Hernández
- 45 Reestructuraciones de Empresas
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñeira Fernández (coord.)
- 46 El Servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación
María Salas Porras

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2019

© Los autores, 2019

ISBN: 978-84-09-11648-5

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE-1017-2019

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE

COORDINADOR

61



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

ÍNDICE

PREÁMBULO	17
EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL: CUESTIONES NO RESUELTAS	31
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
1. La colisión entre la jurisprudencia del TJUE y el sistema de relaciones laborales español en materia de contratación temporal	32
1.1. El contexto del sistema de relaciones laborales español en materia de empleo temporal	33
1.2. Los rasgos característicos de la actividad jurisdiccional del tje y el uso estratégico de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales	34
2. La vigencia de la sentencia “ <i>de Diego Porras I</i> ”	35
3. El enigmático apartado 64 de la sentencia Montero Mateos	40
4. El posible efecto directo del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos	44
5. Las deficiencias del esquema de justificación de las desigualdades	50
5.1. La situación comparable	51
5.2. Las “razones objetivas”	52
6. La eficacia real de la prohibición de encadenamiento abusivo de contratos ..	56
6.1. Sector privado	56
6.2. Sector público	59
7. Conclusión: la necesaria reforma del ordenamiento español en materia de contratación temporal	61
MEDIDAS PARA ATAJAR LA BRECHA RETRIBUTIVA	65
JOSÉ MANUEL MORALES ORTEGA	
1. Brecha retributiva: conceptualización, condicionantes y breve repaso a la actuación de los sujetos competentes.....	66
2. Catálogo de medidas	74
2.1. Medidas generales.....	75
2.2. Medidas sustantivas.....	78

2.3. Medidas instrumentales	84
2.4. Medidas coercitivas.....	94
3. Conclusiones	97

LOS NUEVOS MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES

1. Introducción	100
2. Discriminación por edad	100
2.1. Diferencias en la retribución por razón de edad.....	101
2.2. Diferencias en la extinción del contrato: la jubilación forzosa, la calificación ocupacional de buena fe y el despido	103
2.2.1. La jubilación forzosa	103
2.2.2. La calificación ocupacional de buena fe.....	107
2.2.3. El despido	108
2.3. El acceso al empleo: la calificación ocupacional de buena fe.....	110
3. Discriminación por discapacidad	113
3.1. El concepto de discapacidad	113
3.2. Los ajustes razonables y el despido discriminatorio	119
4. Discriminación por orientación sexual	122
5. Discriminación por religión o convicciones	127
6. Discriminación por origen racial o étnico.....	130

ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN CON LA VIDA FAMILIAR

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

1. Introducción y Regulación del Tiempo de Trabajo en Europa.....	134
2. Conceptos Fundamentales en el Estudio del Tiempo de Trabajo	137
3. Determinación del Inicio de la Protección Legal	142
4. En particular los periodos de Descanso.	143
5. En particular el Trabajo Nocturno y por Turnos	150
6. Excepciones según la normativa europea	151
7. En particular los Períodos para atender las Responsabilidades Personales y Familiares y su concurrencia con otros Permisos reconocidos a trabajadores y trabajadoras	155
8. Bibliografía	164

EL IMPACTO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE DESPIDO COLECTIVO

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO

1. Introducción	168
2. El sistema de control multinivel de los derechos socio-laborales en la unión europea	168
3. La impronta de la jurisprudencia europea y su recepción interna en el régimen jurídico español de despido	172

3.1	Un repaso de los desajustes entre la configuración europea y española del despido colectivo y la respuesta del TJUE.....	173
3.2.	La última jurisprudencia comunitaria sobre despido colectivo y su proyección en la nueva configuración judicial del art. 51 Et. Un análisis de los elementos revisados.....	174
3.2.1.	La unidad de empleo referencial para el cómputo. La doctrina rabal cañas y su recepción por la jurisprudencia del ts	176
3.2.2.	La plantilla referencial computable. ¿Criterio expansivo pro empresa?.....	182
3.2.3.	Las extinciones computables: despidos “verdaderos” y extinciones asimiladas. Puntos críticos.	185
3.2.3.1.	La expansión del concepto europeo de trabajador y su proyección en el ámbito subjetivo del despido colectivo.....	185
3.2.3.2.	La ampliación del concepto de despido colectivo en función de la fuente de las extinciones: las extinciones inducidas por modificaciones sustanciales.	193
3.2.4.	El papel de la administración en el procedimiento de despido ...	199
3.2.5.	¿Resultan de aplicación los criterios expansivos de la jurisprudencia comunitaria a los despidos colectivos en el sector público?.....	202
4.	Conclusiones	203
5.	Bibliografía y webgrafía	205

LA PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LOS PROCESOS DE MOVILIDAD LABORAL

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

1.	Introducción	210
2.	Delimitación competencial en materia de protección social entre la ue y los estados miembros.....	211
3.	Las prestaciones de protección social: naturaleza y clasificación.....	214
4.	El impacto de la jurisprudencia del tjeu en la normativa de seguridad social	218
4.1.	Pensiones de jubilación e incapacidad permanente: requisitos de acceso, cuantía y regla de compatibilidad	218
4.1.1.	No cómputo de la cotización abonada por la entidad gestora durante el desempleo para mayores de 55 años: no obstáculo a la libre circulación [stjce 20 de enero de 2005 (tjce/2005/21), caso salgado alonso].....	218
4.1.2.	Reglas de cálculo de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.....	220
4.1.3.	Regla de compatibilidad de la incapacidad permanente total cualificada con la pensión de jubilación de otro estado miembro...	229
4.2.	Subsidio por desempleo para mayores de 55 años.....	230
4.3.	Prestaciones familiares.....	232
5.	La incidencia de la jurisprudencia del tjeu en la protección de asistencia social del migrante por motivos laborales.....	233
6.	Conclusiones	239

CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES, CONTRATACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	243
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA	
1. Planteamiento general.....	244
2. Evolución del derecho europeo en materia de cláusulas socio laborales en la contratación pública.....	244
2.1. Principales etapas de esta evolución.....	244
2.2. Su recepción en sede jurisdiccional: doctrina del tribunal de justicia de la UE.....	247
3. Reconocimiento en nuestro derecho interno de compromisos de carácter socio laboral en materia de contratación pública.....	248
4. Distintas fases del procedimiento de licitación pública para la incorporación de objetivos socio laborales.....	250
4.1. Necesidad de planificación previa.....	251
4.2. Reserva de contratos a favor de empresas y entidades de carácter social.....	252
4.3. Cuestión clave: definición del objeto del contrato.....	253
4.4. Etiquetas o certificaciones sociales.....	254
4.5. Prohibiciones para contratar de carácter socio-laboral.....	255
4.6. Exigencia de solvencia social.....	256
5. Las cláusulas socio laborales en fase de adjudicación.....	257
5.1. La mejor relación calidad-precio como criterio de adjudicación.....	259
5.2. Criterios de carácter socio laboral para dirimir situaciones de empate ..	261
6. Análisis del criterio económico desde la perspectiva de la contratación pública responsable.....	261
6.1. Estimación del precio conforme a costes laborales y convenio colectivo de referencia.....	262
6.2. Ofertas anormalmente bajas o temerarias.....	262
7. Cláusulas socio laborales como condiciones especiales de ejecución.....	263
7.1. Mantenimiento de condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato.....	264
7.2. Aplicación del convenio colectivo sectorial como condición especial de ejecución.....	264
7.3. Subrogación de la plantilla del anterior adjudicatario.....	266
7.4. Exigencia de conocimiento de lengua cooficial como condición especial de ejecución.....	268
7.5. Contratación de personas desempleadas.....	268
8. El necesario control en el cumplimiento de los compromisos asumidos de carácter socio laboral.....	269
9. Algunas reflexiones finales.....	270
 POLÍTICAS COMUNITARIAS DE GOBERNANZA DE LAS INMIGRACIONES LABORALES Y SU IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL: CRISIS, CONTRADICCIONES Y NUEVOS HORIZONTES ...	 273
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
1. Introducción: ¿el retorno a una “comunidad económica”?.....	275

2.	Algo de historia: hitos político-jurídicos del nacimiento, desarrollo y fractura de la política inmigratoria común	278
3.	¿Una “nueva concepción inmigratoria”? : Del reclutamiento (temporal) de “mano de obra despersonalizada” a la “caza del talento extranjero”, al margen de su nacionalidad.....	282
3.1	Un nuevo factor de diferenciación en la política inmigratoria comunitaria laboral: el (mayor o menor) “capital humano” como fuente de segmentación del mercado	282
3.2.	El sueño europeo de la captación de los profesionales más cualificados del mundo: La tarjeta azul ¿sucedáneo de una aspirada libertad de circulación comunitaria?.....	285
3.3.	Promoción de la movilidad para el empleo cualificado (de futuro): A la caza del talento investigador en el mercado mundial.....	286
3.4.	El regreso a la política de policía: del fugaz sueño de la Europa abierta a la pesadilla constante de la “Europa fortaleza”.....	289
4.	El TJUE, permanente actor jurídico en el tablero político de la inmigración: ¿bastión pro comunitate?	290
4.1.	El TJUE como adalid del estatuto de ciudadanía de la UE y su efecto reflejo útil en la gestión inmigratoria desde el enfoque de derechos humanos: garantía civil	290
4.2.	Ciudadanía europea y derechos derivados de nacionales de terceros países, incluso irregulares, como límites a la soberanía nacional inmigratoria: garantías sociales.....	292
4.3.	Límites del principio de gobernanza soberana nacional de la política inmigratoria derivados la libertad de prestación de servicios: otro frente abierto.....	295
5.	España y europa ante el nuevo horizonte de gobernanza mundial (más equilibrada) de las migraciones laborales	297
6.	Conclusión: ¿retorno a la doble idea perdida de ciudadanía europea y trato justo a las personas inmigrantes?.....	300

DISCAPACIDAD, DISCRIMINACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD LABORAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: AJUSTES Y DESAJUSTES RESPECTO A LA DOCTRINA DEL TJ Y LA DIRECTIVA 2000/78/CE ... 303

ANTONIO COSTA REYES

1.	Discapacidad e incapacidad laboral: directiva 2000/78/ce. 1. Discapacidad y trabajo: entre el cambio de enfoque y la parálisis práctica.....	304
2.	El concepto de discapacidad y su alcance. Primer aviso	306
3.	Tutela: nulidad y ajustes razonables.....	310
4.	Segundo aviso : extinción del contrato del incapaz permanente.....	312
5.	El despido del IP <i>ex</i> art 49.1, <i>e</i>) LET a la luz de la Directiva 2000/78/CE ...	313
5.1.	Fundamento y operatividad del precepto. Crítica	313
6.	¿Idoneidad de la extinción <i>ex</i> art. 52.1, a) LET? Los ajustes razonables	317
7.	Tercer aviso : extinción del contrato y bajas por it del trabajador con discapacidad en el art. 52.D) let.....	321

7.1. Trabajador despedido con ocasión de la IT y discriminación por discapacidad: La enfermedad como limitación <i>a largo plazo</i> o <i>previsiblemente</i> duradera.....	321
8. Faltas de asistencia por IT del <i>discapacitado</i> , art. 52.d) LET y doctrina del TJ.....	325

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS 327
 MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ.

Resumen.....	328
1. Antecedentes: la introducción de las cláusulas sociales en la ejecución de los contratos.....	328
1.1. Los previos de la Ley: antecedentes normativos comunitarios.	329
2. El establecimiento de condiciones y reglas especiales de ejecución	331
2.1. El control de las cláusulas de ejecución.....	334
3. Las posibles condiciones especiales: la visión de la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos y de recursos contractuales	336
3.1. Cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales	337
3.2. Contratación de desempleados.....	337
3.3. Subrogación del personal adscrito a la ejecución del contrato	338
3.4. Condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato.....	339
3.5. Condiciones especiales de ejecución en materia de promoción de la igualdad.....	339
4. Conclusiones	339

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE EMBARAZO 342
 JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

Resumen.....	342
1. La raíz histórica de la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo ..	342
2. Las normas laborales promotoras de la igualdad	343
2.1 La discriminación directa	345
2.2 La discriminación indirecta	345
3. La protección del embarazo como elemento transversal de interés social y la jurisprudencia que interpreta su protección	346
3.1. La doctrina genérica relativa a las diferencias retributivas que discriminan a la mujer.....	346
3.2. La doctrina específica que afecta a la mujer trabajadora embarazada ..	347
3.2.1. La negativa a la contratación dirigida a trabajadoras embarazadas	347
3.2.2. El despido de la trabajadora en situación de embarazo	349
3.2.3. La discriminación asociada al permiso de maternidad y otros derechos afines	351
4. El alcance de la protección antidiscriminatoria de la maternidad en la normativa y doctrina españolas.....	351

4.1. Normativa antidiscriminatoria	352
4.2. Doctrina jurisprudencial y tutela reparadora.....	352
5. Conclusiones y actual estado de la cuestión	356
6. Bibliografía	359

EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA

361

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

1. Introducción	362
2. La nueva percepción de la discapacidad en la sociedad actual.....	362
2.1. El paradigma de la autonomía personal	365
2.2. El enfoque de las capacidades como perspectiva de derechos de las personas con discapacidad	367
3. El papel del tje ante la discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad.....	372
3.1. Aportación a la delimitación conceptual de discapacidad	373
3.2. Enfermedad versus discapacidad	374
4. El impacto en españa de la jurisprudencia del tje en materia de discriminación por discapacidad en el trabajo: selección de casos más destacados.....	375
5. Conclusiones	380

EL REPLANTEAMIENTO DE LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DESPIDO, TRAS LAS SSTJUE DAOUIDI Y RUIZ CONEJERO: NUEVOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y REFORMAS LEGALES DE URGENCIA

381

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

1. La necesidad de una revisión del despido por ineptitud sobrevenida y por absentismo a la luz de la discriminación por discapacidad.....	382
2. La discapacidad y sus modelos: médico, social o integral.....	384
3. Los despidos y los ajustes razonables en relación con la incapacidad temporal	385
4. Discapacidad y absentismo: ampliación de las excepciones estatutarias computables	391
5. Una cuestión de claridad legislativa o falta de confianza en la aplicación directa de la Directiva	393

LA INEXISTENCIA DE TUTELA PREVENTIVA FRENTE AL DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. SENTENCIA DEL TJUE; CASO PORRAS GUIASADO

395

MARÍA DEL CARMEN MACÍAS GARCÍA

1. Introducción	396
2. Supuesto de hecho.....	396
3. Marco jurídico analizado	397
4. La directiva 92/85 y la comunicación de la situación de embarazo.....	404

5.	La directiva 92/85 y la prohibición de despido como tutela preventiva de la mujer embarazada	405
5.1.	La tutela “preventiva” de la trabajadora embarazada.....	405
5.2.	La posible prioridad de recolocación y/o permanencia de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia a la luz del derecho de la Unión	411
6.	Trascendencia de la sentencia del tribunal de justicia de la Unión europea de 22 de febrero de 2018, asunto c-103-16 (caso porras guisado)	412
7.	Referencias bibliográficas	414

DIFERENCIAS INSALVABLES ENTRE TRABAJADORES FIJOS E INDEFINIDOS NO FIJOS AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS EN MATERIA DE DESPIDO IMPROCEDENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE JULIO DE 2018	415
--	------------

RAQUEL VELA DÍAZ

1.	Planteamiento general.....	416
2.	La regulación del personal laboral al servicio de la administración pública en el ordenamiento jurídico español	416
3.	Doctrina judicial comunitaria: existencia de elementos que justifican las diferencias de trato entre el trabajador fijo y el trabajador indefinido no fijo.	419
3.1.	Aproximación a los hechos acontecidos	419
3.2.	Argumentos a destacar como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz del marco jurídico español y de la UE.....	420
3.3.	Alegaciones derivadas del posicionamiento del gobierno español	421
3.4.	Perspectiva doctrinal de la UE en la materia	422
4.	Consideraciones finales: el relevante impacto de la jurisprudencia comunitaria	422

EL FUTURO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE SUCESIÓN DE PLANTILLA ANTE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE JULIO DE 2018 (ASUNTO SOMOZA HERMO) Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS	425
---	------------

SOFÍA OLARTE ENCABO

1.	Zonas de fricción entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia del tribunal de la UE.	426
2.	La sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17 asunto somoza hermo: antecedentes de hecho y fallo	428
2.1.	La primera cuestión prejudicial (ámbito de aplicación de la Directiva) .	430
2.2.	La segunda cuestión prejudicial (norma aplicable).....	433

EL CAMBIO DE TITULARIDAD DE “EMPRESAS DESMATERIALIZADAS” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	437
---	------------

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1.	Nuevas formas de organización productiva y empresarial desde la perspectiva comunitaria y nacional.....	438
----	---	-----

1.1. Cambio de titularidad empresarial y modulaciones en torno al concepto <i>funcional</i> de cambio de titular de una “entidad económica”	440
1.2. La proyección de la doctrina del TJUE y su impacto en las garantías legales y convencionales de los trabajadores	445
1.3. Sucesión ope legis o cesión legal del nuevo empleador en las relaciones laborales en curso	446
2. Subrogación convencional y sucesión legal en posible conflicto	447
3. Breve alusión a los procesos contradictorios de despublificación y reinternalización/recuperación de servicios en el marco de las colaboraciones público-privadas	454
4. Conclusiones y propuestas <i>de lege ferenda</i>	459

LA SUBROGACIÓN DE CONTRATAS PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

1. La subrogación de contratas prevista en el convenio colectivo	462
1.1. La subrogación de la contrata entrante vía convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo	462
1.2. Inaplicación del régimen de responsabilidades previsto en el art. 44 ET. .	463
1.3. Las condiciones de aplicación de la subrogación vía convenio colectivo	467
2. Los problemas derivados de la aplicación de la doctrina Somoza Hermo en España	469
2.1. Origen del conflicto y pronunciamiento del TJUE.	469
2.2. Cuando el cumplimiento del convenio determina la aplicación imperativa de la Ley.	471
3. La conveniencia de una intervención legislativa conciliadora	472
3.1. Alternativas de aplicación de la norma europea sobre transmisiones.	472
3.2. Propuestas de reforma del art. 44 ET en la materia.	473

LA SOLIDARIDAD EMPRESARIAL POR LOS DÉBITOS SALARIALES EN CASO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA, ¿ES DERECHO EUROPEO O NACIONAL?

JUAN PEDROSA GONZÁLEZ

1. Introducción. Vision general de las dos normas contenidas en el art. 44 Et. ..	478
2. La directiva 2001/23 es una directiva, no aplicable directamente, sino a través de la norma interna	479
3. La aplicabilidad de art. 44 Et interpretado conforme a la directiva 2001/23. .	480
4. La aplicación de convenio colectivo puede causar la aplicación de la normativa subrogatoria heteronoma	481
5. Consecuencias jurídicas de la transmisión de empresas	482

EL DESPIDO COLECTIVO IRREGULAR Y DE HECHO

LUIS OCAÑA ESCOLAR

1. Los elementos necesarios que han de concurrir para la calificación jurídica del despido colectivo	486
--	-----

2.	El despido colectivo irregular y de hecho	488
3.	El panorama indiciario suficiente respecto del carácter irregular de las extinciones	488
4.	La legitimación activa en los procesos de despido colectivo	491
5.	El control judicial de los despidos colectivos irregulares y de hecho	491
6.	Artículos de referencia	493

LA ACTUACIÓN DEL ARBITRAJE EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS TRAMITADOS DURANTE EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL 495

JULIA DORMIDO ABRIL

1.	Aproximación al procedimiento concursal	496
2.	Los aspectos laborales en la ley concursal	498
3.	El procedimiento arbitral	500
3.1.	El anclaje legal	500
3.2.	Las partes legitimadas para solicitar el arbitraje	501
3.3.	La designación del árbitro	503
3.4.	El desarrollo del procedimiento arbitral	504
4.	Aspectos controvertidos del laudo arbitral	505
5.	La impugnación del laudo arbitral	506
6.	Conclusiones	509
7.	Bibliografía	509

EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 511

GONZALO NARVÁEZ TURCI

1.	Introducción	512
2.	El teletrabajo en la unión europea	513
3.	El teletrabajo en españa	514
4.	El trabajo a distancia en la jurisprudencia del tje y su repercusión en la regulación nacional del teletrabajo.	516
5.	Conclusiones	522
6.	Bibliografía	523

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE EMBARAZO

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

*Profesor ayudante doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)*

*«La igualdad entre los hombres y la mujeres será alcanzada
cuando una mujer con la cabeza hueca pueda llegar tan lejos
como un hombre con esa misma característica»*

Estella R. Ramey¹

SUMARIO:

1. LA RAÍZ HISTÓRICA DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL MUNDO DEL TRABAJO
2. LAS NORMAS LABORALES PROMOTORAS DE LA IGUALDAD
3. LA PROTECCIÓN DEL EMBARAZO COMO ELEMENTO TRANSVERSAL DE INTERÉS SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA QUE INTERPRETA SU PROTECCIÓN
4. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA Y DOCTRINA ESPAÑOLAS
5. CONCLUSIONES Y ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN

¹ ESTELLE ROSEMARY RAMEY (Agosto, 1917 – Septiembre, 2006). Endocrina, fisióloga y feminista. Se hizo mundialmente conocida tras refutar la tesis del cirujano y líder del Partido Demócrata Edgar Berman quien defendía que las mujeres no eran aptas para ocupar cargos públicos debido a sus “desequilibrios hormonales”.

RESUMEN:

La igualdad entre mujeres y hombres se configura como una de las metas perseguidas por la Unión Europea. Con el transcurso del tiempo, la normativa, la doctrina jurisprudencial y la adecuación de los Tratados han facilitado la consolidación de este principio, así como una mayor implantación en los países de la Unión. Las medidas para atajar la brecha salarial que persiste entre unos y otras se muestra como uno de los principales fines para alcanzar el objetivo propuesto. Sin embargo, existen otras fórmulas destacadísimas en la lucha contra la desigualdad como la protección del embarazo de la mujer trabajadora. Este planteamiento, que persigue atacar la discriminación que sufre la mujer trabajadora que opta por la maternidad, no sólo facilita la inserción laboral de la mujer sino que ofrece un alcance transversal incuestionable del que deriva un efecto reflejo sobre otras materias nucleares de nuestra sociedad. Conseguir salvar las situaciones discriminatorias que acompañan el empleo de la mujer trabajadora permite no sólo el loable objetivo de acercarnos a una situación deseable de igualdad de género en el ámbito laboral sino que, en mayor grado en nuestro país, contribuiría a superar los bajísimos índices de natalidad que amenazan no sólo la estabilidad futura sino el sistema de pensiones de las próximas generaciones.

1. LA RAÍZ HISTÓRICA DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL MUNDO DEL TRABAJO

El reconocimiento del alcance de la dignidad para todo ser humano es un valor propio de nuestro tiempo. Como puede contrastarse *«no cabe atribuir el reconocimiento del fundamento de los derechos humanos a la herencia de la Ilustración»* pues en lo que se refiere a la igualdad el factor referente siempre ha sido el varón blanco, siendo más débil el pensamiento que pudiera atribuirlo a la cultura griega o romana, o a la herencia religiosa². Recordemos que ARISTÓTELES afirmó que *«entre los bárbaros, el esclavo y la mujer están en la misma línea»*; SANTO TOMÁS DE AQUINO *«como individuo la mujer es un ser endeble y defectuoso»* y el filósofo ERASMO DE RÓTTERDAM hablaba de la mujer como *«animal ciertamente estulto y necio, pero gracioso y placentero, de modo que su compañía en el hogar sazon[a] y endul[za] con su estupidez la tristeza del carácter varonil»*³.

En la actualidad para identificar el sistema normativo vigente que se articula en los países de nuestro entorno para enfrentarse a la discriminación hemos de recurrir a las instancias y organismos europeos. El Consejo de Europa (CdE) se muestra como una organización de carácter intergubernamental que surge a la finalización de la II Guerra Mundial. Sus objetivos, tal y como se describe en el Preámbulo y el artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa, entre otros, se identifican con la promoción del Estado de Derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Para la consecución de los fines propuestos en el año 1950 los Estados integrantes del Consejo de Europa aprobaron el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que se erige como el primer tratado de Derechos Humanos inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

² MANGAS MARTÍN, A., "Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado constitucional", *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com, 2007, enero, núm. 12.

³ DE ROTTERDAM, ERASMO, "Elogio de la locura o encomio de la estulticia", edición y traducción a cargo de Pedro Voltes, introducción de Juan Antonio Marina, Madrid, Espasa Calpe, 2008, 16ª ed.

Para hacer efectivos los objetivos propuestos el CEDH impone a los países miembros la obligación jurídica de garantizar una relación de derechos humanos aplicable a todas las personas. Estos derechos se aplicarán no sólo a quienes ostenten la ciudadanía europea sino a todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción. Se determina asimismo un órgano destinado a velar por el cumplimiento del Convenio, siendo el mismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que acceden las reclamaciones que se plantean frente a los Estados miembros⁴.

Cuando nos remitimos a la historia moderna de las relaciones laborales en el entorno de la Unión Europea se ha de tener presente que cuando se planteó la redacción de los Tratados fundacionales de la Comunidad Económica Europea (CEE) así como los primeros tratados económicos (CECA y Euratom) el problema de la igualdad entre hombre y mujeres no se encontraba en el foco de los objetivos planteados. Tales tratados no incorporaban referencia alguna a los derechos humanos y a su protección dado que se estimaba que la creación de un área de libre comercio en Europa no podía alcanzar efectos relevantes en materia de derechos humanos⁵.

En este contexto, el principio de igualdad pronto comenzó a tener una adecuada consideración como valor y objetivo fundamental en la integración de la Unión Europea (UE). En el ámbito laboral, comenzó a conformarse el principio de igualdad retributiva que pasó a incorporar una reivindicación de carácter histórico que ya apareció contemplada en los Tratados de la Unión Europea desde el año 1957. Hoy aparece regulado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). De otro lado el artículo 153 TFUE contempla un ámbito de mayor amplitud que incluye tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de trato en el trabajo. Asimismo el artículo 19 TFUE incorpora la opción de incluir medidas legislativas en la lucha contra todas las formas de discriminación con inclusión de aquellas que tengan su origen en el sexo⁶. Capítulo especial aparte merece la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres que se sustenta en el artículo 168 del TFUE.

2. LAS NORMAS LABORALES PROMOTORAS DE LA IGUALDAD

El objetivo primordial que se persigue con una normativa contra la discriminación no es otro que ofrecer a todas las personas unas opciones justas y equitativas para el acceso al ejercicio de los derechos.

El proyecto de la UE se ha ido forjando alrededor de un conjunto de valores entre los que destacadamente se encuentra la igualdad entre hombres y mujeres. Así consta de forma expresa en los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Este objetivo de promoción de la igualdad aparece sólidamente consagrado en el capítulo III de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuyo artículo 21 se prohíbe toda discriminación y se proclama la igualdad entre hombres y mujeres que

⁴ AA.VV. *Manual de legislación Europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa, Luxemburgo, 2010, ISBN 978-92-871-9986-7, pág. 12.

⁵ MANGAS MARTÍN, A., "Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: balance", *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Coord. Aldecoa Luzárraga, 2008, ISBN 978-84-9768-517-7, pág. 283.

⁶ Respecto al alcance protector que se despliega frente a la discriminación por sexo, *vid.*, SZYSZCZAK, E., "La significación y alcance de la directiva sobre la protección de la maternidad", CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

habrá de garantizarse en cualesquiera ámbitos, incluyendo de forma expresa las materias relativas a empleo, trabajo y retribuciones salariales (artículo 23). Se contempla de forma añadida en este precepto la posibilidad de adoptar medidas que puedan favorecer la posición del colectivo eventualmente menos representado (discriminación positiva)⁷. Como complemento el TFUE establece en su Título II (Disposiciones de aplicación general, artículo 8) que la Unión fijará en todas sus acciones el objetivo de eliminar las desigualdades que puedan existir entre hombres y mujeres, promoviendo su igualdad.

Son múltiples las Directivas que se han aprobado con el objetivo genérico de salvaguardar la igualdad entre hombres y mujeres entre las que cabría destacar especialmente tres. En primer lugar, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social. En segundo lugar, desde la perspectiva preventiva, es destacable 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. Esta Directiva ofrece además una protección específica muy relevante, artículo 2.a), que alcanza a «*cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*», y contempla como causa prohibitiva de despido el que se produzca en «*el período 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*». Por último, en materia de empleo debe citarse la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y ocupación. En esta última norma se ofrece una definición de la discriminación directa e indirecta, así como del acoso considerado genéricamente y de la específica modalidad del acoso sexual. Contempla un endurecimiento de las sanciones cuando se constate la existencia de discriminación así como la creación en los Estados de la Unión de organismos cuya función ha de consistir en la promoción de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En consonancia con lo expuesto cualquier comportamiento que atente contra la situación de la mujer trabajadora que se pueda plantear su futura condición de madre resulta incardinable en el concepto de discriminación de género⁸.

Como cabe apreciar la normativa protectora frente a la discriminación de la mujer desde la perspectiva del embarazo y la maternidad resulta amplia y pretendidamente exhaustiva, no existiendo dudas acerca de la conveniencia de su implementación. Sin embargo, no habría que dejar de lado la impresión de que una norma excesivamente protectora podría generar el efecto perverso de la consideración de la mujer como un empleado molesto y, por tanto, desaconsejable desde la perspectiva empresarial⁹.

⁷ BALLESTER PASTOR, M. A., "La lucha contra la discriminación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 92, 2011 (Ejemplar dedicado a: *Derecho Social Internacional y Comunitario*), págs. 207-256.

⁸ Un interesante estudio relativo a las medidas que el ordenamiento jurídico laboral adopta en relación al embarazo, maternidad y cuidado de hijos, se incluye en: GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, C.E.S., Madrid, 2004, ISBN 84-8188-216-X.

⁹ FABREGAT MONFORT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, 2008, Tirant lo blanch, ISBN 13 9788499853673, pág. 64.

2.1 La discriminación directa

La «*discriminación directa*», con seguridad la más visible, se extrae del planteamiento de que las personas que se encuentren en una situación semejante han de recibir un trato similar y no desfavorable por la circunstancia de poseer una determinada característica «*objeto de protección*». A este respecto el CEDH matiza que la discriminación directa aparece vinculada a la causa de justificación general cuya denominación queda definida como justificación objetiva. En la normativa de la Unión Europea estas causas de justificación se muestran de forma limitada.

La Directiva 2002/73 concreta de forma específica en su artículo 2.2 aquello que se debe entender por discriminación directa apreciando como tal «*la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo*».

El TEDH se ha pronunciado afirmando que ha de existir una «*diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares*» y ello «*a partir de características identificables*»¹⁰.

La cuestión central que deriva de la «*discriminación directa*» se traduce en la diferencia de trato que sufre una persona respecto de otra que se halle en una situación similar por cuyo motivo se precisa de una referencia comparativa, esto es, la constatación de circunstancias sustancialmente iguales a las que se aplica una diferencia de trato identificable por la existencia de un «*motivo protegido*». Entre los «*motivos protegidos*» que figuran en la normativa europea cabe destacar: la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la religión y creencias y, aquel en el que se centra el objeto central de este trabajo, la discriminación por razón de género. Para considerar la existencia de una «*discriminación directa*» resulta preciso acreditar que quien aparece como víctima ha recibido un trato desfavorable precisamente por tener una característica que se muestra incluida entre estos «*motivos protegidos*».

2.2 La discriminación indirecta

La «*discriminación indirecta*» establece que las personas que se encuentren en situaciones diferentes han de recibir un trato diferenciado de modo que les resulten accesibles las mismas oportunidades que a los demás. En este caso los elementos definitorios de la «*discriminación indirecta*» implican la existencia de una norma o una práctica aparentemente neutra de modo que, al utilizar un criterio comparativo, se aprecie que un grupo identificado por un «*motivo protegido*» resulta perjudicado respecto de otras personas en situación similar.

Hay situaciones en que, de forma transparente, no resulta exigible la aplicación de la mencionada «*referencia comparativa*». Esta situación se corresponde en la UE con la materia de empleo generándose una amplia doctrina del TJUE, iniciada con el asunto *Dekker*; que estima que si el perjuicio de índole laboral sufrido por una trabajadora resulta achacable a su embarazo, la situación habrá de calificarse como discriminación directa, sin necesidad de aludir a referencias de orden comparativo¹¹. El TEDH ha matizado el perfil de la «*discriminación indirecta*» indicando que «*la diferencia de trato puede consistir en*

¹⁰ TEDH, Carson y otros contra el Reino Unido [GC] (n.o 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61. En el mismo sentido TEDH, D.H. y otros contra la República Checa [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 175; TEDH, Burden contra el Reino Unido [GC] (n.o 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.

¹¹ TJUE, Dekker, asunto C-177/88 [1990] Rec. I-3941, 8 de noviembre 1990. Igualmente, TJUE, Webb, asunto C-32/93 [1994] Rec. I-3567, 14 de julio de 1994.

unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo»¹².

El TEDH también ha advertido que *«el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH se vulnera también si los Estados... no dan un trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones sustancialmente diferentes»*. Igualmente las Directivas de la Unión Europea aprobadas contra la discriminación contemplan de forma expresa la posibilidad que se traduce en la adopción de medidas al objeto de: *«garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a un motivo protegido»¹³.*

3. LA PROTECCIÓN DEL EMBARAZO COMO ELEMENTO TRANSVERSAL DE INTERÉS SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA QUE INTERPRETA SU PROTECCIÓN

La discriminación genérica sustentada en motivos de género resulta fácil de advertir en la medida en que deriva de la discriminación asociada a la mera pertenencia a uno u otro sexo. Implica uno de los aspectos más desarrollados de la política social de la UE habiendo alcanzado en su tratamiento la consideración de derecho fundamental¹⁴. La protección asociada a esta modalidad discriminatoria ha buscado un doble perfil. En primer término ha perseguido una finalidad de índole económica, intentando alcanzar la equiparación salarial. En segundo lugar se ha perseguido el progreso social y la mejoría relativa a las condiciones laborales.

La igualdad de trato ha adquirido un papel protagonista en la UE pues ha ocupado una consideración destacada en la Carta de Derechos Fundamentales. Igualmente también se ha contemplado en el CEDH la protección frente a la discriminación por motivos de género. Ante la imposibilidad de imponer en el territorio de la Unión una normativa absolutamente homogénea el papel de la doctrina del TJUE ha sido particularmente relevante a la hora de ofrecer criterios interpretativos favorecedores de la igualdad de hombres y mujeres.

El principio de igualdad de trato reproducido en un amplio número de disposiciones –como a título referente el artículo 2 de la Directiva 76/207– implica *«la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente»*. Este principio se extiende a otras protecciones especiales consecuentes a circunstancias ligadas al sexo como significativamente es el caso de las situaciones de embarazo y maternidad.

3.1. La doctrina genérica relativa a las diferencias retributivas que discriminan a la mujer

En relación a la doctrina genérica que contempla la discriminación asociada a las diferencias retributivas que afectan a las mujeres, la sentencia *Defrenne II* de 8 de abril

¹² TEDH, D.H. y otros (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 184; TEDH, Opuz contra Turquía (n.o 33401/02), 9 de junio de 2009, párr. 183.

¹³ Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 7; Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 6; y asimismo Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 3.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2005, págs. 11 a 68.

de 1976 (asunto C-43/75) reconoce la aplicabilidad directa del principio de igualdad retributiva para hombres y mujeres, extensible no sólo a los ámbitos de actuación pública sino a empresas privadas incluyendo el alcance de los convenios colectivos sectoriales. El objeto de debate que se planteó al tribunal identificaba una situación en la que la demandante acreditaba la percepción de menores ingresos que sus compañeros de trabajo varones, a pesar de realizar las mismas funciones profesionales. El TJUE declaró que se trataba de un claro caso de discriminación por razón de género y puso de manifiesto que la no discriminación favorece el avance de la UE en la consecución de sus objetivos.

El TJCE apreció que el artículo 119 (asimilado al posterior 141 TCE) constituía una norma de contenido transparente en la que: «*se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares*»¹⁵. En la forma descrita, los tribunales nacionales deben ofrecer protección en relación a los derechos de los particulares, frente a las discriminaciones que puedan derivarse de las disposiciones normativas, convenios colectivos o contratos de trabajo individualmente suscritos.

La doctrina comunitaria interpreta la validez de aplicar criterios de «*discriminación positiva*» en la contratación. Así lo constata la sentencia *Marschall* de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95) en la que se declara que la normativa comunitaria refrendaba la norma nacional que promovía la candidatura prioritaria de mujeres en sectores de actividad en que estuviesen infrarrepresentadas, oponiendo como condición que la ventaja otorgada no adquiriera carácter automático ni hubiese exclusión a priori de los candidatos masculinos.

3.2. La doctrina específica que afecta a la mujer trabajadora embarazada

La discriminación genérica que se puede producir en el ámbito laboral por razones de género ofrece un perfil particular cuando la causa específica de la discriminación coincide con el embarazo de la mujer trabajadora. Interpretando el alcance de esta causa de discriminación también se han producido relevantes pronunciamientos del TJUE que estructuramos a tenor de las categorías que pasamos a comentar.

3.2.1 La negativa a la contratación dirigida a trabajadoras embarazadas

Uno de los supuestos de discriminación más representativos es el conocido como *asunto Dekker*¹⁶. La Sra *Dekker* participó en un proceso de selección de personal para prestar servicios en un centro holandés de formación de “jóvenes adultos” al que concurrió encontrándose embarazada de tres meses. El comité de selección notificó al centro que la Sra. *Dekker* era la más apta para la cobertura del puesto de trabajo. Pese a lo anterior la Dirección del Centro notificó a la trabajadora que se rechazaba su contratación a causa de su embarazo toda vez que no podía asumir financieramente la sustitución durante la ausencia por maternidad. Se precisa concretar que en el modelo holandés la suspensión del contrato se tramita como enfermedad común por cuyo motivo las indemnizaciones a abonar por parte de la empresa no serían compensadas por el sistema asegurador, el cual excluye su responsabilidad si el trabajador afiliado no puede ejercer la prestación de servicios durante los seis meses posteriores a la concertación del alta laboral.

¹⁵ TJUE, sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne II, 43/75, fund. 39.

¹⁶ TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88.

Se advierte por el juez holandés que todas las candidatas al puesto de trabajo eran mujeres. Pese a la matización el Tribunal de Justicia advierte que el rechazo para la concertación de un contrato de trabajo por causa de embarazo sólo puede oponerse a las mujeres, constituyendo una discriminación directa asociada al sexo. La discriminación que sufre la trabajadora por la falta de contratación –se argumenta– no puede aparecer justificada por motivos relativos a los problemas financieros que puedan derivarse para el empresario. En consecuencia el TJUE declara que existe infracción de los artículos 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207 cuando se estima que una candidata se considera apta para el desempeño de una actividad laboral pero es rechazada por el mero hecho de encontrarse embarazada. La empresa vino a alegar que no había discriminación por razón de sexo dado que todas las candidatas eran mujeres, oponiendo el Tribunal que si el rechazo al puesto de trabajo residía exclusivamente en la condición de embarazo de la mujer, la decisión se encuentra indisolublemente ligada al sexo de la trabajadora.

Como cabe apreciar la interpretación que se ofrece tras este interesante precedente determina que la situación de embarazo implica un nuevo ámbito de discriminación por razón de sexo que se extiende a situaciones exclusivamente femeninas. Tras este precedente el TJUE estimó que la discriminación por razón de embarazo venía a determinar una discriminación directa por razón de sexo por lo que no podía admitir una justificación de carácter objetivo y razonable¹⁷.

Más adelante, en el asunto *Mahlburg*, la trabajadora afectada es una enfermera que resulta rechazada para el acceso a un puesto fijo por el motivo de que el puesto de trabajo se ubicaba en quirófano, advirtiéndose el perjuicio que podría derivarse para el *nasciturus* a causa de la exposición a sustancias peligrosas. En este caso la trabajadora había sido contratada con carácter temporal optando a un puesto de carácter indefinido. Al comunicar la trabajadora a la clínica que se encontraba embarazada la dirección acordó el traslado interno para que no siguiera prestando servicios en quirófano para eludir el riesgo de infección, previsto en tales casos por la propia normativa alemana protectora de la maternidad, que impide tanto la contratación como el mantenimiento de trabajadoras embarazadas en puestos de alto riesgo. Finalmente se comunicó el rechazo de la candidatura de la trabajadora como enfermera de quirófano. La dirección de la clínica opuso que de la propia normativa alemana se desprendía la negativa a aceptar la candidatura de la trabajadora dado que la misma prohibía la prestación de servicios en tales condiciones.

El TJUE con criterio transparente advirtió que resultaba totalmente desproporcionada la exclusión de la trabajadora para un puesto de carácter fijo cuando la limitación para la prestación de servicios era meramente temporal¹⁸. Incluso podría añadirse la facultad que tiene la empresa para reubicar a los trabajadores temporalmente cuando sus condiciones psico-físicas requieran un cambio temporal en la prestación de servicios. Se constata en definitiva la infracción de la Directiva dado que la misma tiene por objeto conseguir una igualdad material, y no meramente formal, de forma que no se permite al empresario rechazar una contratación para un puesto de trabajo indefinido vacante cuando sólo concurre una limitación temporal para la prestación de servicios en un puesto de trabajo concreto asociada a la condición de trabajadora embarazada.

¹⁷ BALLESTER PASTOR, MA, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo blanch, 2016, ISBN13 9788491438373, pág. 129.

¹⁸ TJUE, *Mahlburg* contra Land Mecklenburg-Vorpommern, Asunto C-207/98 [2000] Rec. I-549, 3 de febrero de 2000.

3.2.2 *El despido de la trabajadora en situación de embarazo*

La prohibición de despedir a una trabajadora en situación de embarazo se desprende de la Directiva 76/207 cuyo artículo 2.3 ofrece protección de la condición biológica de la mujer. Por su parte la Directiva 92/85 contempla una regulación expresa que prohíbe el despido a la mujer en el transcurso de su embarazo y permiso de maternidad. Se ofrece así una protección que pretende evitar las consecuencias psicofísicas que se pueden producir en esta situación, así como el riesgo particularmente grave que puede derivar en una situación de voluntaria interrupción del embarazo provocado por la eventual necesidad de mantener el puesto de trabajo. El ámbito temporal de la prohibición del despido en las aludidas Directivas incorpora el tiempo transcurrido desde el embarazo hasta la finalización del permiso de maternidad.

La primera sentencia a comentar viene identificada por el *asunto Carol Webb*¹⁹. Se trata de una trabajadora de la Empresa *Emo Air Cargo* a quien la empresa, tras la comunicación de su situación de embarazada, encomendó formar a una trabajadora sustituta (*Sra. Webb*) que a priori vendría a incrementar la plantilla tras su período de prácticas. A las pocas semanas la *Sra. Webb* comunicó a la empresa que se encontraba embarazada siendo despedida sin solución de continuidad, procediendo a interponer demanda por discriminación directa por razón de sexo con apoyo en las directivas comunitarias²⁰.

En el supuesto comentado la normativa británica no ofrecía protección a las trabajadoras por cuenta ajena con una antigüedad inferior a dos años. El Tribunal Británico exponía además que el despido no se había producido por razón de sexo sino por la incapacidad previsible para acometer la tarea esencial objeto de contratación (la cobertura del puesto de otra trabajadora) exponiendo que si el contratado hubiera sido un hombre la imposibilidad de prestación de servicios también habría provocado su despido. El TJUE rechazó el elemento comparativo planteado dado que el embarazo no es un estado patológico, ni es comparable a la incapacidad que por razones médicas pueda sufrir un hombre, declarando la existencia de una situación discriminatoria por razón de sexo. Se advierte que si bien la disponibilidad constituye una condición esencial de la prestación laboral, la protección otorgada a la mujer embarazada por el Derecho comunitario no puede quedar condicionada a los objetivos económicos de la empresa.

El siguiente supuesto relevante a comentar es el *asunto Mary Brown*²¹. Se trata de una trabajadora conductora de reparto que debía asumir tareas de particular esfuerzo. El contrato de trabajo contemplaba el cese de la trabajadora una vez hubiera transcurrido un periodo de 26 semanas, circunstancia permitida por la norma británica con la condición de que la trabajadora no hubiera superado el límite de 2 años de prestación de servicios. El Tribunal no contempla excepciones al alcance de la protección diseñada en las Directivas dado que el embarazo no se puede asimilar a una enfermedad, advirtiéndose que la Directiva 76/207 perdería eficacia si la protección quedara limitada a las empleadas embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones características del contrato laboral. Insiste el TJUE en que no cabe asimilar la situación de una embarazada a una patología, de modo que los trastornos y complicaciones que a veces vienen asociadas a este estado –y que eventualmente podrían justificar una situación temporal incapacitante– pueden provocar un control médico exhaustivo y la necesidad de guardar reposo absoluto durante

¹⁹ TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, Carol WEBB c. EMO Air Cargo C-31/93.

²⁰ En relación a situaciones de discriminación y embarazo de la mujer trabajadora vid. CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, págs. 362 y ss.

²¹ TJCE, sentencia de 30 de junio de 1998, Mary Brown c. Rentokil, C-394/96.

parte o, incluso, todo el embarazo. Los aludidos trastornos, propios del embarazo, son propios de la especificidad de este estado.

El TJUE también se pronunció en el *asunto Jiménez Melgar* seguido frente al Ayuntamiento de los Barrios²², declarando que pese a que la Directiva 92/85 no se había transpuesto a la normativa española al momento de producirse los hechos, podía ser invocada por los afectados ante los tribunales nacionales. Advirtió la sentencia que la protección dispensada no muestra distinción alguna entre las distintas modalidades de contratos, no pudiendo excluirse de protección a las modalidades contractuales de duración determinada. Se advierte al juez nacional que si se produce una falta de renovación tras los sucesivos contratos temporales residiendo la motivación de la decisión administrativa en el embarazo de la trabajadora, que por lo demás resulta apta para el trabajo, se incurre en una discriminación directa por razón de sexo.

Se ha de apreciar, de otro lado, que la normativa comunitaria prohíbe no solo la notificación del cese relacionado con el embarazo o nacimiento del hijo durante el periodo que comprende la protección legalmente dispensada, sino también la adopción de las medidas preparatorias que puedan acompañar tal decisión, previamente a la expiración del periodo. Y ello pese a que la notificación se produjera más allá del límite temporal de protección determinado normativamente pues, de otro modo, se perdería el efecto garantista de la protección dispensada a la trabajadora embarazada²³.

Entre las sentencias más recientes cabe destacar la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, *asunto Porras-Guisado*, nº de Recurso C-103/2016²⁴. La cuestión discutida nos remite a un expediente de regulación de empleo tramitado por la empresa *Bankia* que inicia un procedimiento de despido colectivo. En tal expediente se cierran varios acuerdos por la patronal y la representación de los trabajadores que fijan específicas prioridades de permanencia. Una vez que se procede a la tramitación de los expedientes de extinción contractual la trabajadora afectada se encuentra en situación de embarazo, planteándose como cuestión central de debate si esa situación le ofrece una particular protección en el marco de un proceso de despido colectivo. Se interpreta que la Directiva 92/85 no impide que una trabajadora en situación de embarazo sea incluida en un expediente de regulación de empleo (ERE). En segundo lugar, se precisa una exposición de los criterios generales que resulten aplicados en forma objetiva sin que la Directiva aludida obligue en ningún sentido a la fijación de las prioridades de permanencia de las trabajadoras embarazadas. En último término se aprecia que no existe obligación de recolocar a las trabajadoras en situación de embarazo afectadas por un ERE. En definitiva se viene a excluir del ámbito genérico de protección a las trabajadoras embarazadas que se vean afectadas por la tramitación de un ERE cuando en el mismo, libremente, se hayan pactado unos criterios objetivos entre empresa y trabajadores que excluyan una eventual discriminación relativa a la situación de gestación de las trabajadoras afectadas. No obstante, se advierte, en todo caso procedería desplegar una tutela de carácter preventivo que proteja a las trabajadoras embarazadas que se puedan haber visto afectadas si bien a tal situación no resulta obligado que vengan anudadas consecuencias reparadoras.

²² TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, María Luisa Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios C-438/99.

²³ TJUE, sentencia de 11 de octubre de 2007, Paquay (C-460/06).

²⁴ TJCE, sentencia de 22 de febrero de 2018, *asunto Porras Guisado* contra Bankia C-103/16. Vid. comentario incluido en el blog del autor SÁNCHEZ PÉREZ, J. Disponible en la URL: <https://jsanchezperez.es/exclusion-de-la-proteccion-automatica-para-las-embarazadas-afectadas-por-el-ere.blog>

En interpretación de la doctrina la sentencia deja de manifiesto los límites del Derecho de la UE en materia de tutela del despido de las trabajadoras embarazadas así como las carencias del ordenamiento interno nacional que debería ofrecer una tutela más reforzada. Se plantea asimismo la necesidad de fortalecer las garantías de estabilidad en el empleo de las mujeres trabajadoras, subrayando el carácter excepcional que debería revestir cualquier excepción a la regla general de prohibición del despido de la trabajadora en tales situaciones. Se advierte la necesidad de que se tenga en consideración la política preventiva de riesgos laborales relacionada con la maternidad atendiendo a que la situación del despido implica en sí misma una situación de riesgo para la salud de trabajadora embarazada que añade estrés, inseguridad y angustia asociada a la indicada situación. Se afianza así la idea de reforzar el principio de causalidad en el despido de las trabajadoras en situación de embarazo a través de exigencias que descarten todo género de duda en relación al verdadero motivo «*no inherente a la persona*» de la trabajadora que haga más efectivo el objetivo antidiscriminatorio perseguido por la Directiva. Se acentúa de esta manera el carácter de excepcionalidad que avalaría la extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas²⁵.

3.2.3 La discriminación asociada al permiso de maternidad y otros derechos afines

En ocasiones la situación discriminatoria se deduce de la pérdida de antigüedad de la trabajadora en la empresa al hacer uso del permiso de maternidad. En tales supuestos, como ocurrió con el *asunto Thibault*²⁶, la trabajadora no puede verse privada de una promoción profesional a la que hubiera tenido acceso si se hubiera considerado como tiempo efectivo de trabajo la suspensión del mismo provocada por el permiso de maternidad. Se aprecia que existe discriminación toda vez que, de no haber estado en situación de embarazo, habría accedido al aludido beneficio profesional.

Asimismo, en el *asunto Hofmann*²⁷ el TJUE confirmó el derecho de una trabajadora a recuperar su puesto de trabajo u otro equivalente, disfrutando de las condiciones disfrutadas con anterioridad al permiso maternal.

De otro lado, la protección asociada a la maternidad se ha trasladado también hacia la figura paterna, ampliando el artículo 2.7 de la Directiva 96/34 su efecto hacia ambos progenitores. Se contempla así que para el supuesto de utilización del permiso parental los Estados han de velar porque se produzca una protección efectiva del derecho, sin que quepan represalias por su ejercicio, no pudiendo quedar justificado el despido o el cambio de puesto de trabajo ni la privación de un derecho que podría haberse ejercitado de no haberse producido la suspensión del contrato de trabajo.

4. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA Y DOCTRINA ESPAÑOLAS

La protección antidiscriminatoria vinculada a la situación de embarazo de la mujer trabajadora ha mostrado un especial perfil en nuestro país. Procedemos a analizar la

²⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, JA., “Afectación de la mujer embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela preventiva es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, *RTSS, CEF*, núm. 425.426, págs. 152 y ss.

²⁶ TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, Evelyne Thibault, C-136/95.

²⁷ TJCE, sentencia de 12 julio de 1984, Hofmann c. Barmer Ersatzkasse 184/83 y 5 de mayo de 1994, Habermann- Beltermann C-421/92.

regulación normativa dispuesta para afrontar la protección de este derecho, así como la interpretación de la doctrina jurisprudencial aplicada. También observaremos la tutela ofrecida a la hora de reparar el daño causado en supuestos en que se han vulnerado derechos fundamentales desde la perspectiva reparadora y disuasoria.

4.1. Normativa antidiscriminatoria

En nuestro país la normativa protectora existente parte de la transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 que se lleva a cabo a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como el artículo 55.5, ET a tenor del cual «*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*». A tenor de la expuesta regulación normativa se despliega una herramienta protectora de la trabajadora embarazada que opera de forma objetiva y que se traduce en la nulidad del despido producido en tal situación para los supuestos en que no quede evidenciada una causa procedente de despido por motivos disciplinarios.

4.2 Doctrina jurisprudencial y tutela reparadora

A tenor de la aludida normativa se consolida una doctrina jurisprudencial que queda plasmada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/07). De tal doctrina se desprende una protección que opera objetivamente en los siguientes términos:

1. La regulación normativa de la nulidad del despido de la trabajadora embarazada es una institución sustentada en el derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE)²⁸.
2. Se asienta la convicción de que el riesgo de la pérdida del empleo –junto a la discriminación salarial– constituyen los elementos nucleares para alcanzar una efectiva situación de igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo.
3. Dentro de la estrategia desplegada por la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se contempla la inexistencia de la obligación de comunicar la situación de embarazo al empresario. Véase como la protección de la gestante y la garantía desplegada se extiende desde «*la fecha de inicio del embarazo*» de donde se deduce que ni siquiera resulta preciso que la situación de embarazo sea conocida por la propia trabajadora.
4. El objetivo que persigue la norma se traduce en un régimen de tutela más enérgico que el ordinario que se ofrece desde la discriminación, no precisando la carga de acreditar ni tan siquiera la existencia de indicios de los que pueda desprenderse la conculcación de un derecho fundamental. Se produce así la liberación de la carga de la prueba relativa a la acreditación de que el empresario tenía conocimiento previo de la situación de embarazo. Se entiende, en relación a lo expuesto, que ha de quedar salvaguardado de modo legítimo el derecho a preservar la esfera

²⁸La discusión doctrinal relativa a la inclusión del derecho en el marco protector del art. 14 CE fue defendida por ALONSO OLEA, M., “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *REDT*, N.º 36/1988, pág. 619

íntima de la trabajadora, no teniendo obligación de comunicar a terceros su estado de gestación. Tal circunstancia que se puede interpretar como atentatoria del derecho de la mujer además salva la dificultad probatoria relativa al conocimiento empresarial del hecho citado.

5. La doctrina jurisprudencial aprecia con argumento definitorio que la norma regula *«una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación»*.

El criterio jurisprudencial ofrece una interpretación transparente relativa al despido de las trabajadoras embarazadas de modo que, salvo que el mismo resulte justificado y procedente, será considerado de forma automática nulo. Y ello, de forma independiente a que el empleador pueda conocer o no el estado de gestación de la empleada²⁹.

La doctrina asentada resultó matizada por posteriores pronunciamientos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2009, Rec. 1758/2008 –en doctrina mantenida por múltiples sentencias, entre otras la de 28 de noviembre de 2017, Rec. 3657/2015–, introduce la novedad interpretativa a tenor de la cual, apoyándose en el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, la nulidad del despido de la mujer trabajadora, salvo que resulte procedente, habrá de calificarse como nulo *«al margen de que el empleador conozca o no el estado de gravidez de la trabajadora»*.

Junto al artículo 55.5 del ET la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada se contempla en la Disposición Adicional decimotercera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que modifica el artículo 108.2 LPL (hoy LRJS). La descrita protección se extiende, según contempla el artículo 45.1.d ET, al período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad.

El tiempo de protección dispensado se inicia en la fecha del embarazo hasta el comienzo de suspensión de la prestación de maternidad, así como al tiempo contemplado para los permisos a que se refiere el artículo 37 (apartados 4 y 5) ET, incluyéndose asimismo el tiempo en que se hubiere solicitado o se disfrute de excedencia para atender al cuidado del hijo (artículo 46.3 ET). También se extiende la protección a los trabajadores una vez se hubieran reintegrado a su puesto de trabajo tras finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, durante el lapso temporal que transcurre en el período de nueve meses tras la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. En tal sentido se ratifican los pronunciamientos judiciales contemplados en las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2013, Rec. 1144/2012, de 26 de febrero de 2004, y 4 de octubre de 2005, Rec. 4017/2004.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional (STC 136/1996, de 23 de julio, fjs. 5 y 6) se advierte que la discriminación por razón de sexo no sólo incorpora los tratamientos de carácter peyorativo sustentados en la constatación del sexo de la víctima, *«sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»*. En otro pronunciamiento posterior (STC 240/1999, de 20 de diciembre) se señala que el embarazo constituye un elemento o factor diferencial

²⁹ VIERA ÁLVAREZ, C., “La nulidad del despido de la mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español, Revista de Derechos Fundamentales, nº 3, 2009, págs. 263 a 273.

que se muestra como un hecho biológicamente fuera de controversia y que muestra una incidencia exclusiva en las mujeres (STC 173/ 1994 de 7 de junio).

Desde la aludida perspectiva procede considerar la casuística alrededor de las situaciones en que se produce el desistimiento empresarial cuando la trabajadora embarazada se encuentra bajo las condiciones del período de prueba. Se ha de precisar que en tales casos no goza de la protección de nulidad cualificada que dispensa el artículo 55.5 b) ET sino que será la protección propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo siendo preciso, en tal caso, aportar un indicio razonable del móvil de carácter discriminatorio para poder apreciar la nulidad del cese³⁰.

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de octubre de 2013, Rec. de amparo 3773/2011, rechazó el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora despedida en período de prueba cuando se encontraba en situación de embarazo sobre la argumentación de que en la fase previa de prueba el contrato no era aún firme y sobre la base de que no se realizó demostración alguna de que la decisión estuviera fundada en el embarazo. Se limita pues el alcance de la protección de las leyes a las trabajadoras embarazadas siendo más limitada cuando aún no son firmes los efectos contractuales. No obstante, resulta particularmente interesante tener presente lo razonado en aquella sentencia, dado que *«no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora»*, manteniéndose el carácter inconstitucional y de discriminación por razón de sexo si la decisión extintiva hubiera obedecido al embarazo. En la manera expuesta para evitar la calificación de nulidad del despido se ha de tener presente la previsión establecida por el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) a tenor del cual la empresa está obligada a realizar una prueba adecuada que aporte *«una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*. Esta relevante sentencia venía a refrendar en definitiva que la protección especial, el *«blindaje frente al despido»* de las trabajadoras en situación de embarazo, no puede extenderse automáticamente al *«desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, ya que son dos situaciones diferentes»*. Se considera así que el legislador ha optado de forma consciente por rebajar ese régimen de tutela reforzada incorporado en el artículo 55.5 b) ET cuando la situación contractual se sitúa en el marco del periodo de prueba.

Para intentar delimitar el perfil de esa menor protección que se ofrece durante el periodo de prueba podemos remitirnos a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 26 de julio de 2018, Rec. 1301/2018. En la misma se contempla la situación de una trabajadora con una modalidad contractual de contrato temporal para obra o servicio que prestaba servicios para una empresa de congelados estableciéndose un período de prueba de 15 días, realizando como actividad la limpieza de pota y calamar. La trabajadora cuando inició su actividad trasladó a la dirección de la empresa que se encontraba embarazada de 19 semanas, motivo por el que aplicando los protocolos de prevención de riesgos laborales la trabajadora fue trasladada a la línea de envasado junto con las embarazadas de hasta 22 semanas. De las declaraciones del resto de compañeras y encargadas se desprendieron quejas relativas a la lentitud y deficiencia del trabajo prestado por la trabajadora en período de prueba, motivo que provocó que la empresa optara por notificar a la trabajadora su cese por no haberlo superado. En la notificación remitida a la trabajadora no resultaba preciso indicar de forma expresa causa alguna, habiéndose acreditado en el proceso judicial que durante los últimos 5 años de los 235 trabajadores de la empresa, 203 habían sido mujeres, 21 de las cuales habían estado en situación de

³⁰ STS de 18 de abril de 2011 y STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013.

embarazo sin que se hubiera producido ningún despido o cese. Tal circunstancia resultó válida para enervar que la situación de embarazo constituyese indicio para determinar el cese producido. En forma añadida de la prueba practicada se pudo desprender la ineficiencia del rendimiento de la trabajadora en periodo de prueba, que prestaba sus servicios con gran lentitud, lo que obligó a reforzar la línea de trabajo donde prestaba servicios la trabajadora, pese a ser un trabajo liviano y sencillo destinado específicamente a trabajadoras en situación de embarazo. En conclusión, aprecia la sentencia que se está ante un cese legal que deriva de la falta de superación del periodo de prueba pactado en el contrato de trabajo conforme a lo regulado en el artículo 49.1.b) ET.

En lo que se refiere a la tutela reparadora aplicable a los despidos en que concurren infracción de derechos fundamentales ha de tenerse presente el siguiente razonamiento. Partiendo del ejemplo anterior del cese acordado en periodo de prueba sin que exista justificación que aclare que el mismo no se ha producido por la situación de embarazo de la trabajadora en tal caso concurriría una infracción de derechos fundamentales (artículo 14 CE en relación a la igualdad de trato, artículo 10 CE en relación a la dignidad) que merecerán una indemnización pudiendo aplicarse como criterio orientativo el art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). Tal precepto prevé como infracción muy grave las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables, entre otras, por circunstancias de sexo. En su grado mínimo (*v.gr.*) la sanción aplicable, y que determinaría en su aplicación asimilada el importe indemnizatorio correspondiente a la reparación del daño causado, abarcaría un importe comprendido entre los 6.251 y los 25.000 €.

Téngase en cuenta que el tribunal, en aplicación del artículo 183.2 LRJS, puede determinar prudencialmente el daño cuando la prueba resulte difícil o costosa, para *«resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión»* considerando la doctrina jurisprudencial que resulta factible, en ausencia de otros criterios, el recurso orientativo que ofrecen las cuantías de la LISOS (sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre 2017, Rec. 2497/2015, si bien el aludido precepto añade otro concepto indemnizatorio agregable cuya finalidad consistirá en *«contribuir a la finalidad de prevenir el daño»*. Cabrá, pues, a la hora de cuantificar la indemnización otorgada a la víctima una partida que corresponda a la reparación del daño causado (resarcimiento del daño) y otra provocar un efecto disuasorio en el responsable de su provocación (función preventiva).

Dos últimos y recientes precedente nos lleva a comentar la interpretación matizada que lleva a cabo nuestros tribunales en relación a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto Porrás-Guisado, relativo al despido de la trabajadora embarazada inmersa en un Expediente de Regulación de Empleo.

En primer término, habría que hacer mención a la sentencia del TSJ Castilla León/Valladolid, de 28 de mayo de 2018 (Rec. 713/2018). En ella se indica que: *«la expresión exigible de los criterios de selección en estos supuestos (ha de ser) la necesaria para comprobar que esos criterios se han aplicado de tal manera que la selección de la concreta trabajadora es ajena a su situación protegida»*. A consecuencia de lo anterior resulta obligado concretar *«qué criterios han llevado a seleccionar dentro del conjunto de los despedidos a la trabajadora interesada»*. En otro caso, esto es, si no se especifican adecuadamente los criterios que han determinado de forma específica el cese

de la trabajadora la conclusión habrá de derivar en la declaración de nulidad del cese consecuente³¹.

En segundo lugar, hemos de referir la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018, Recurso 2708/2016. En ella se advierte que los criterios de selección considerados en la memoria explicativa de las causas del despido colectivo resultan insuficientes en tanto que nada refieren respecto del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora recurrente (los servicios centrales). Precisa la Sala que la empresa debió ofrecer una adecuada justificación relativa a que la decisión extintiva resultaba «*idónea, razonable y proporcionada*», precisando adecuadamente la razón por la que se había de prescindir del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora embarazada en relación con las causas económicas aducidas. En definitiva, el Tribunal Supremo acoge la pretensión deducida por la trabajadora, declarando la nulidad de su despido, al no constar adecuadamente en la memoria explicativa del despido colectivo los criterios de selección utilizados, sin que existiera una mención adecuada relativa al puesto desempeñado por la misma.

5. CONCLUSIONES Y ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Seguramente el aspecto más visible y constatable de trato discriminatorio hacia la mujer se concreta en el aspecto salarial. Sin embargo, hay otra circunstancia muy relevante que limita el acceso de la mujer al mundo laboral y que tiene que ver con la maternidad identificando un problema de particular relieve en nuestro país. La igualdad entre hombres y mujeres ha ocupado un papel referente en el proyecto de la UE habiéndose consolidado este objetivo primordial en múltiples Tratados y normas de la Unión. En este ámbito se ha fijado como objetivo de primer nivel la eliminación de las desigualdades que puedan existir entre hombres y mujeres, desplegando múltiples iniciativas para promover la igualdad.

Dentro de esa política de promoción de la igualdad la protección de la trabajadora embarazada ha ocupado una posición referente, destacando a tal efecto la Directiva 92/85 destinada a la promoción de las condiciones de seguridad y salud de la trabajadora embarazada. Esta norma sienta las bases para ofrecer una protección objetiva frente a la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo que pueda venir vinculada a esta situación. Así se ofrece una protección reforzada desde el comienzo del embarazo hasta la finalización de los permisos de maternidad.

Desde su inicio el TJUE realizó una defensa férrea del derecho de igualdad de la trabajadora embarazada apreciando desde el *asunto Dekker* que cualquier perjuicio sufrido achacable al embarazo había de considerarse como una discriminación directa, sin que resultara necesario acudir a referencias de orden comparativo.

En nuestro país se toma cartas en el asunto a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que contempló el derecho de la trabajadora a no comunicar al empresario su estado de embarazo desplegándose una protección objetiva desde el momento de la fecha del inicio del mismo. Asimismo por vía del artículo 55.5 ET se establece la nulidad del despido que tenga por móvil alguna causa de discriminación, entre las que se

³¹ Acerca del contenido de la carta de despido colectivo vid. GODINO REYES, M. “Nuevamente sobre el contenido de la carta de despido colectivo. ¿Controversia agotada? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 397/2018, de 16 de abril. *RTSS. CEF.* núm. 425.426, págs. 145 y ss.

encuentra significativamente aquella que tiene su origen en el embarazo, ofreciendo tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional una interpretación integradora que consagró la declaración de nulidad a excepción de los supuestos en que se considerara la procedencia del despido y con independencia de que el empresario conociera la situación de embarazo de la trabajadora.

Frente a tal situación, no obstante, la doctrina posterior ha señalado los límites hasta los que se extiende el derecho. Así la doctrina jurisprudencial ha estimado que si la decisión extintiva de la empresa se produce durante el período de prueba, cuando el contrato de trabajo aún no es firme, cabe la posibilidad de hacerlo válidamente si se salva el indicio de que la decisión extintiva no venga producida por la existencia del conocimiento del embarazo a cuyo efecto la empresa deberá desplegar la prueba oportuna, para el supuesto de reclamación, de la que se desprende que la decisión se encuentra motivada por razones ajenas a la situación de embarazo. En modo añadido esa tutela se amplía hasta el momento de la contratación previa o la sucesión de contratos temporales sin que se interprete como lícito rehusar la contratación o sortear la prórroga de una relación contractual temporal si el motivo de fondo coincide con la situación de maternidad de la trabajadora embarazada. También resulta exigible, en último término, que si la trabajadora forma parte de un ERE, se ofrezcan motivos transparentes y expresos de las condiciones pactadas a tal efecto sin que pueda enmascarse el cese de la embarazada bajo esta fórmula indirecta.

En forma paralela la tutela reparadora que se articula frente a la infracción de un derecho fundamental de igualdad queda reforzada desde el momento en que se permite una indemnización automática una vez verificada, ex artículo 183.2 LRJS, permitiendo a tales efectos una indemnización reparadora destinada a «*resarcir suficientemente a la víctima*» y otra indemnización con efectos disuasorios destinada a la finalidad de prevenir el daño.

De otro lado, resulta apreciable que, desde la incorporación masiva de la mujer al trabajo por cuenta ajena en las últimas décadas del siglo pasado, el índice de natalidad ha pasado a ser de los más bajos del mundo. Esta circunstancia no solo ha repercutido ya en el envejecimiento progresivo de la sociedad sino en la dificultad paralela que se traduce en la problemática sostenibilidad del sistema de pensiones a medio y largo plazo.

La dificultad de acceso de la mujer al mundo laboral se muestra a través de varios perfiles. Con frecuencia se piensa desde la perspectiva empresarial que la maternidad *distrae* a la mujer de sus obligaciones laborales, limitando la disponibilidad incondicionada que pueden tener sus competidores masculinos. También puede suponer –*se reitera, desde la descrita perspectiva empresarial*– un perjuicio añadido pues una baja maternal puede implicar unos costes complementarios entre los que habría que incluir la formación del trabajador que pasaría a ocupar la plaza vacante.

Las circunstancias expuestas han debilitado la inserción normalizada de la mujer trabajadora en el mundo laboral provocando como efecto reflejo el retraso generalizado de la edad elegida para la maternidad, la disminución del número de hijos o la necesidad de elegir de forma excluyente entre la carrera profesional y la maternidad.

En los países escandinavos la caída de la natalidad en los años 80-90 del pasado siglo generó un intenso debate del que se dedujeron amplias medidas de apoyo estatales de ayuda a la maternidad que consiguieron con el paso del tiempo revertir claramente la situación. En nuestro país tras décadas de convivir con un problema que no parece generar el suficiente debate social el índice de natalidad sigue entre los más bajos del mundo ante

la inacción de los poderes públicos, instalándose la idea de que la previsión de la ONU proyectada hacia el año 2050 situará a España, junto a Corea del Sur y Japón, entre los tres países más envejecidos del mundo³². Estamos pues antes una crisis anunciada, en la que se nos ofrece como telón de fondo una bajísima tasa de natalidad mantenida en el tiempo durante décadas, sin que los poderes públicos se den por aludidos o admitan la necesidad de adoptar medida alguna. Ni siquiera la grave repercusión que lo expuesto implica para el sistema de pensiones provoca reacciones por parte del poder legislativo o de los actores sociales. Probablemente pueda ser porque no hay una previsión inmediata de colapso del sistema de pensiones dentro del margen temporal que ocupa una legislatura (4 años).

Esta realidad, en cualquier caso, hace más urgente la necesidad de reclamar un modelo estatal de apoyo a la maternidad más amplio y global que se debería traducir, no sólo en la consolidación del modelo protector desde las perspectivas reparadora y preventiva de la trabajadora embarazada, sino en el desarrollo de otras medidas complementarias de mejora del tratamiento de la mujer trabajadora, como el incremento de ayudas para guardería así como mayores ayudas para las familias numerosas, el incremento de las mismas para situaciones de partos múltiples o, de forma primordial, el incremento de las prestaciones de maternidad (*es notorio y patente que 16 semanas es un período insuficiente, véase que frente a nuestros 112 días de prestación, Noruega ofrece 315, Reino Unido 365, Croacia 410 o Suecia 480*).

³²A este respecto, consultar SÁNCHEZ PÉREZ, J., No hay niños para el parque, *Los retos financieros del sistema de seguridad social: Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, 2014, ISBN 978-84-92602-77-3, págs. 85 a 92.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. MANUAL DE LEGISLACIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa, Luxemburgo*, 2010, ISBN 978-92-871-9986-7.

ALONSO OLEA, M., “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *REDT*, n.º 36/1988.

BALLESTER PASTOR, M. A., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N.º 92, 2011 (Ejemplar dedicado a: Derecho Social Internacional y Comunitario)*.

——— *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo blanch, 2016, ISBN13 9788491438373

CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004.

FABREGAT MONFORT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, 2008, ISBN13 9788499853673, Tirant lo blanch.

FERNÁNDEZ AVILÉS, JA., “Afectación de la mujer embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela preventiva es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. *RTSS. CEF*. núm. 425.426.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada*, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2005.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, C.E.S., Madrid, 2004, ISBN 84-8188-216-X.

GODINO REYES, M. “Nuevamente sobre el contenido de la carta de despido colectivo. ¿Controversia agotada? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 397/2018, de 16 de abril. *RTSS. CEF*. núm. 425.426.

MANGAS MARTÍN, A., “Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado constitucional”, *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com, 2007.

MANGAS MARTÍN, A., “Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: balance”, *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Coord. Aldecoa Luzárraga, 2008, ISBN 978-84-9768-517-7.

DE ROTTERDAM, ERASMO, “Elogio de la locura o encomio de la estulticia”, edición y traducción a cargo de Pedro Voltes, Madrid, Espasa Calpe, 2008, 16ª ed.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. No hay niños para el parque, *Los retos financieros del sistema de seguridad social: Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, 2014, ISBN 978-84-92602-77-3, págs. 85 a 92.

——— (Blog Laboral) Exclusión de la protección automática para las embarazadas afectadas por un ERE. Disponible en la URL: <https://jsanchezperez.es/exclusion-de-la-proteccion-automatica-para-las-embarazadas-afectadas-por-el-ere.blog>