

**NULIDAD DE DESPIDO COLECTIVO QUE AFECTA  
A PERSONA CON REDUCCIÓN DE JORNADA PARA  
EL CUIDADO DE MENORES, DISCAPACITADOS O  
FAMILIARES: LA INFORMACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS  
DE SELECCIÓN**

*STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018  
[ECLI: ES:TSJCL:2018:1539]*

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La actora prestaba servicios como auxiliar en el Registro de la Propiedad nº 1 de Ponferrada, teniendo reducida su jornada laboral en 1/8 por cuidado de hijo. En abril de 2017 dicho Registro es suprimido y su distrito integrado en el Registro de la Propiedad nº 3, asumiendo por subrogación la plantilla del nº 1. El 31 de octubre de 2017 la titular del registro procede al despido de la actora y de otros dos trabajadores, fundándose en causas organizativas, productivas y económicas, básicamente por progresiva disminución del volumen de operaciones realizadas y de los ingresos totales. La trabajadora presenta demanda solicitando que el despido sea declarado nulo, o subsidiariamente improcedente, fundamentando su solicitud en que dado que tenía concedida la reducción de jornada por cuidado de un menor, supuesto previsto en el art. 37.6 del ET, su despido por causas objetivas ha de ser considerado nulo, salvo que se declara la procedencia de la decisión extintiva. El JS nº 2 de Ponferrada dicta sentencia de nulidad con base en ese mismo argumento. La empresa recurre en suplicación considerando que sí han quedado acreditadas las causas aducidas en la carta de despido.

**RESUMEN:** La sentencia del TSJ se aparta de las conclusiones de la instancia en cuanto a la falta de acreditación de las circunstancias objetivas exigidas por la norma y la doctrina jurisprudencial que la interpreta. Considera que ha quedado acreditado que por causa ajena a la voluntad de la empleadora la plantilla de su Registro se vio incrementada pasando de 11 a 21 trabajadores, 18 de ellos con la misma categoría profesional que la actora, al tiempo que el volumen de actividad del Registro, así como que los ingresos disminuían progresivamente desde el año 2009. No comparte la Sala el argumento de que la política de conservación de empleo aplicado antes de la fusión sea indicio de falta de concurrencia de las

\*Profesora titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

causas objetivas, pues la plantilla se dobló después fusión sin que aumentaran la actividad ni los ingresos. Tampoco le parece que sea desproporcionado extinguir un total de 3 de 21 contratos. Ahora bien, y aquí viene el argumento que va a llevar a desestimar el recurso, otra cuestión distinta es la de la selección de los trabajadores afectado por la medida empresarial. Tratándose de una trabajadora en ejercicio de un derecho de reducción de jornada para cuidado de menores, considera que es de aplicación tanto la Directiva 2006/54/CE, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, como la jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato, marco normativo que impone a la empresa acreditar el porqué de la selección de la trabajadora afectada, cosa que no hizo, ni en la carta de despido ni a lo largo del procedimiento.

## ÍNDICE

1. **NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE DESPIDO**
2. **LA DOCTRINA DEL TJ SOBRE LA INCLUSIÓN DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO: LA SENTENCIA PORRAS GUIADO**
3. **LA NULIDAD DEL DESPIDO INDIVIDUAL DE UN TRABAJADOR EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO EN NUESTRO DERECHO INTERNO**
  - 3.1. Nulidad por defectos en la carta de despido: doctrina general sobre la necesidad o no de incluir los criterios de selección utilizados
  - 3.2. La carta de despido en los casos de nulidad por vulneración de derechos fundamentales (incluido el derecho a la igualdad y no discriminación), y en los casos particulares de trabajador que ejerce derechos de conciliación y trabajadora embarazada y en periodo de lactancia
4. **LAS PARTICULARIDADES DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 31 DE MAYO DE 2018**
5. **BIBLIOGRAFÍA**

## **1. NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE DESPIDO**

Nuestros derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación tienen también un alto grado de reconocimiento en Derecho comunitario. De hecho, tanto los textos fundacionales como las distintas reglas comunitarias y por supuesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han sido elementos fundamentales para ir configurando los textos jurídicos nacionales y su aplicación judicial. En el momento actual, los textos comunitarios clave respecto a los derechos a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales son, sin lugar a dudas,

la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva de igualdad en el empleo), que han sido objeto de una amplia atención por parte del Tribunal de Justicia. Para el caso concreto de la igualdad por razón de sexo es también fundamental la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Por medio de estas directivas se intenta garantizar la igualdad de trato y al mismo tiempo ofrecer una protección eficaz contra la discriminación por alguno de los motivos que en ellas se mencionan expresamente y que son el origen racial o étnico en la primera de ellas, los motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en la segunda y el sexo en la tercera<sup>1</sup>.

Es la mencionada Directiva 2006/54 la que nos da los principales fundamentos a tener en cuenta en los supuestos de despido colectivo que afecta a una trabajadora con reducción de jornada para el cuidado de hijos. Dicha Directiva recuerda expresamente que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental del Derecho comunitario en virtud del artículo 2 y del artículo 3, apartado 2, del Tratado, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas disposiciones del Tratado proclaman la igualdad entre hombres y mujeres como una “misión” y un “objetivo” de la Comunidad e imponen una obligación positiva de promover dicha igualdad en todas sus actividades. Asimismo, en su considerando 24 señala también que el reconocimiento de estos derechos es compatible con las medidas de protección biológica de la mujer durante el embarazo y la maternidad, así como como las medidas de protección de la maternidad que tengan la finalidad de lograr una verdadera igualdad. Ahora bien, como señalan los considerandos 29 y 30 de la Directiva, para una aplicación efectiva del principio de igualdad de trato es fundamental que se introduzcan procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones que se imponen por medio de ella, subrayando la gran importancia que tiene en este sentido la necesaria adopción de normas sobre la carga de la prueba. Por tanto, y remitiéndose a los pronunciamientos del TJ, el considerando 30 de la Directiva establece que deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos. La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde, eso sí, al órgano nacional competente, con arreglo al

<sup>1</sup> Vid. Mancero Vázquez, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N° 191, 2016.

Derecho nacional o a las prácticas nacionales. En este sentido, los Estados miembros están facultados para introducir, en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante.

En el caso concreto de nuestro ordenamiento, también va a tener especial importancia en esta cuestión 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 la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, a pesar de que en principio no establece obligaciones a los estados miembros en relación con trabajadores que no se encuentran en esta circunstancia. Esto es así porque el art. 53.4 a) otorga la misma protección en caso de despido objetivo a las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia y a las personas trabajadoras que están ejerciendo determinados derechos de conciliación, entre los que se encuentra el de reducción de jornada para el cuidado de menores y familiares. Por tanto, la doctrina del TJ sobre inclusión de una trabajadora embarazada en un despido colectivo, aunque se fundamente en esta última directiva, podría aplicarse por extensión a estos otros supuestos.

## **2. LA DOCTRINA DEL TJ SOBRE LA INCLUSIÓN DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO: LA SENTENCIA PORRAS GUISADO**

Siendo muy abundante la jurisprudencia del TJ sobre igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo, no ha habido ninguna resolución expresa sobre la posibilidad de incluir a una persona en ejercicio de un derecho de reducción de jornada para el cuidado de hijos, aunque sí sobre un supuesto con el que tiene ciertos puntos en común. Se trata de la sentencia de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras Guisado y Bankia, S.A., Secciones Sindicales de Bankia de CCOO, UGT, ACCAM, SATE y CSICA, y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-103/16, relativo a un despido colectivo en el cual uno de los trabajadores seleccionados fue una trabajadora, en este caso embarazada.

El origen de la sentencia fue la presentación de demanda por parte de una trabajadora de Bankia contra la decisión empresarial de extinguir su contrato con base en un el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas durante la tramitación de un despido colectivo. Aplicando los criterios de selección pactados, la empresa incluyó a la Sra. Porras entre los trabajadores afectados por el despido, siendo así que estaba embarazada en el momento de comunicársele su despido (situación de embarazo que la empresa manifestó no conocer). La demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Mataró, contra la que se interpuso recurso de suplicación. Una vez sustanciado el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, la Sala decide elevar cuestión prejudicial, por las dudas que

se plantea sobre la adecuación de diversos preceptos de la normativa española a dos directivas comunitarias: 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 la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

En síntesis, el tribunal nacional se pregunta si normativa española transpone de forma efectiva la prohibición del art. 10 de la Directiva 92/85, es decir, la regla general de la prohibición de despido de una trabajadora embarazada por ser esta decisión un riesgo para su salud que tiene como única excepción la de aquellos supuestos o excepciones no inherentes a su estado. Pues bien el TJ, remitiéndose al considerando 15º de la Directiva 92/85, señala que la prohibición de despido establecida en su art. 10.1 d) tiene la finalidad de evitar las consecuencias perjudiciales que puede tener sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado, entre ellos y de manera muy importante el riesgo de incitarla al aborto. Es por ello que el art. 10.1 de la Directiva 92/85 les otorga una protección particular, “estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho”. Es decir, la prohibición de despido establecida en el mencionado art. 10.1 sólo afecta a los casos en que la decisión se haya tomado “por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada”. Sin embargo, la decisión de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no será contrario al citado artículo 10, a condición de que el empresario comunique por escrito motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, puntos 1 y 2, de la Directiva 92/85. Esta es una de las afirmaciones más importantes de la sentencia, puesto que salva la legalidad de nuestra legislación, que no prohíbe expresamente que la trabajadora embarazada pueda ser despedida en el marco de un despido colectivo.

Asimismo, y respondiendo también a la cuestión prejudicial planteada, el TJ considera que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una ma-

yor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia y que, sin embargo, sí se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Por último, y en realidad la cuestión que más nos interesa a los efectos del supuesto que nos ocupa, el órgano nacional remitente planteaba si el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo y sin hacer referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional. Aquí el TJ da una solución congruente con lo argumentado con respecto a la primera cuestión prejudicial planteada. El art. 10.1 de la Directiva 92/85 obliga a que cuando se despida a una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. De este modo, dice el TJ, “el empresario debe exponer por escrito a la trabajadora embarazada que pretende despedir o que ya ha despedido los motivos, no inherentes a la persona de la trabajadora, por los que efectúa un despido colectivo (...) Estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa. (...) Además, corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. Por tanto, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada es que “el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”.

Hasta aquí la sentencia del TJ, que a nuestro juicio contiene varios pronunciamientos importantes: fundamentalmente el de que no es obligatorio para nuestra legislación que se prohíba la inclusión de la trabajadora embarazada o en período de lactancia en los despidos colectivos, el de que no es necesario alegar unos motivos específicos para el despido de la trabajadora embarazada (bastando los motivos generales para proceder al despido objetivo) y por último, aunque no menos importante, el de que esto no obvia que el empresario deba indicar a la trabajadora los criterios objetivos que se han seguido en la selección de los afectados.

Hay que tener en cuenta que estos pronunciamientos se refieren a la adecuación de nuestra legislación a la Directiva 92/85, que se ocupa exclusivamente a la protección de la seguridad y salud de la persona embarazada, que haya dado

a luz o en periodo de lactancia y por tanto no se pueden aplicar directamente al ejercicio de los derechos de conciliación más allá de este período, pero como hemos dicho nuestro ET otorga la misma protección frente al despido objetivo a la trabajadora embarazada y a aquellos que ejercen determinados derechos de conciliación entre los que se encuentra el de reducción de jornada para el cuidado de hijos y familiares, por lo que van a tener gran importancia también a estos efectos.

### **3. LA NULIDAD DEL DESPIDO INDIVIDUAL DE UN TRABAJADOR EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO EN NUESTRO DERECHO INTERNO**

Según el art. 124.13 a) LJS, el trabajador individualmente afectado por el despido colectivo podrá impugnarlo por el procedimiento para la extinción de contrato por causas objetivas, con la especialidad, entre otras, de que el despido será nulo tanto por diversos defectos del procedimiento del despido colectivo como por los motivos recogidos para el despido objetivo. Es decir, que en estos casos el trabajador puede alegar varios motivos de nulidad, que serán básicamente los siguientes: falta de aportación de la documentación exigida en el procedimiento de despido colectivo, no respetarse las prioridades de permanencia establecidas por la legislación, defectos formales de la carta de despido, vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y, de manera muy importante, que se trate de un trabajador en ejercicio de los derechos de conciliación previstos en el art. 53.4 a y b del ET (en estos dos últimos casos, salvo que se demuestre la procedencia del despido).

#### **1.1. Nulidad por defectos en la carta de despido : doctrina general sobre la necesidad o no de incluir los criterios de selección utilizados**

La importancia a estos efectos de la carta de despido y la falta de referencia expresa de sus requisitos en el texto del ET han hecho necesaria su determinación jurisprudencial. Hasta la promulgación de la sentencia Porrás Guisado, la doctrina de nuestro TS era que, si bien la carta debía contener la expresión de la causa que motiva el despido, « los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda - por los afectados- los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores ». Consideraba que la carta tenía que ser suficiente en su contenido para articular la defensa jurisdiccional del trabajador, sin exigir exhaustividad en la consignación de las conductas imputadas, sino sólo indicación clara y concreta de las mismas de suerte que el trabajador pueda identificarlas

para articular su defensa. La argumentación de esta postura se desarrollaba con claridad en la STS de 15 de marzo de 2016 (conocido como “caso Bankia”)<sup>2</sup>, según la cual no tiene por qué exigirse el mismo nivel de concreción en una carta de despido por circunstancias objetivas que en una extinción en el marco de un despido colectivo, ya que en el despido colectivo ha habido un proceso negociador previo. Según el TS el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo sobre la concurrencia de las causas en que se basa, de manera que la revisión de su procedencia únicamente puede hacerse en el proceso judicial que inste el trabajador impugnando la decisión extintiva. Y esta unilateralidad en la gestación decisoria justifica que «para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas» ( SSTS de 20 de octubre de 2005 y de 12 de mayo de 2015) , y que esa enunciación de la causa deba acompañarse de datos objetivos que excluyan toda posibilidad de indefensión para el trabajador que impugna la extinción de su contrato. En cambio, en el caso del despido colectivo la necesidad formal de comunicación al trabajador afectado queda atemperada por la existencia de la negociación, hasta el punto de que se debe «conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales]», de manera que «... en todo caso... el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza» y que de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores, cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social ( STS de 2 de junio de 2014). Por otra parte, señalaba la sentencia que en su caso, los criterios de selección y baremación individual tendrían que acreditarse en el proceso de impugnación individual del despido, sin que el trabajador sufriese en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, actos preparatorios y aportación de prueba por la demandada. Asimismo y por todo ello, el TS ha venido considerando innecesaria la reproducción en la carta de los criterios de selección fijados en las negociaciones<sup>3</sup>.

Pues bien, la sentencia Porras Guisado obliga a cambiar esta doctrina, al menos en lo que respecta a las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia. Así lo hizo el TSJ Cataluña para resolver el asunto que dio lugar al planteamiento

<sup>2</sup> STS 1230/2016 de 15 de marzo de 2016.

<sup>3</sup> En el mismo sentido STS 545/2016 de 21 junio 2016, STS 659/2016 de 14 julio 2016, STS 1105/2016 de 21 de diciembre de 2016, STS 165/2017 de 28 de febrero de 2017, STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014) (aunque en este caso se declara la improcedencia por no concretar las causas, remitiéndose al acuerdo con los representantes sin acompañarlo) y STS 124/2018 de 8 de febrero de 2018.



de la cuestión prejudicial, declarando procedente la inclusión de la trabajadora embarazada en el despido colectivo en atención a que la carta cumplió la exigencia de la doctrina del TJ de señalar la causa y, además, contener los criterios objetivos que seguidos para la designación de las trabajadoras afectadas (TSJ Cataluña 26-4-18<sup>4</sup>). También el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 382/2018 de 23 abril de 2018, por los mismos motivos, en el caso de una trabajadora que se encontraba en situación de baja por maternidad, aunque en este último caso se hace referencia a una sentencia anterior del mismo tribunal citándola textualmente con el siguiente tenor literal: “Adicionalmente a lo anterior, recordamos la decisión que ya adoptó este Tribunal Superior de Justicia de Madrid en otro despido objetivo de una trabajadora de la misma empresa en sentencia de 5 de diciembre de 2016 (rec. 637/16), donde se manifestó: “ En el marco de un despido colectivo la designación de los trabajadores afectados es facultad del empleador, siempre que concurren criterios de selección objetivos; criterios que, como se probó en el acto del juicio oral, se expusieron con suficiente claridad en la información facilitada al inicio del periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo objeto de esta litis y que se reiteraron, *sin necesidad legal de volver a hacerlo*, en la carta de extinción del demandante, que por tanto reunió sobradamente los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET “.<sup>5</sup> Parece por tanto que no estima que exista obligación legal de que la carta incluya los motivos de selección, a pesar de tratarse de una trabajadora en suspensión por maternidad por lo que podemos considerar que está en periodo de lactancia y por tanto es objeto de la misma protección que la trabajadora embarazada en virtud de la Directiva 92/85.

Una aplicación más clara de la doctrina del caso Porras Guisado se hace en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 28 de mayo de 2018, rec. 713/2018, que también en referencia a una trabajadora embarazada, considera que “la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (...), según la cual no es exigible que en la carta de comunicación de la extinción individual se especifiquen los criterios de selección, ‘no puede aplicarse en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo, pues en tales casos, además de la causa, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas’, concluyendo la nulidad del despido<sup>6</sup>.

También el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema tras la sentencia Porras Guisado, en STS 802/2018 de 20 de julio que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2708/2016. Se recurría contra la STSJ

<sup>4</sup> TSJ Cataluña de 26 de abril de 2018, rec. 3002/2015.

<sup>5</sup> STSJ de Madrid, de 23 abril de 2018, rec. 1366/2017.

<sup>6</sup> Sobre los matices de esta sentencia, que resolvía un caso complejo, vid. el comentario de Beltrán Heredia, I., “Trabajadoras embarazadas, despido colectivo y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 11 de junio de 2018.

de Madrid de 30 de mayo de 2016 que, aplicando la doctrina del caso Bankia, entendió que en el caso de despido de una trabajadora con reducción de jornada para el cuidado de hijo y además embarazada, declaró la procedencia del despido “pues los criterios de selección fueron consensuados por la parte social, tal y como se desprende de las distintas actas levantadas durante los períodos de consulta y del acuerdo final alcanzado y anexos (...), en el que aparece incluida la actora y memoria explicativa (...) en la que constan los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (...) que hacen innecesario de conformidad, con la jurisprudencia expuesta su reproducción en la carta individual al trabajador afectado”. La sentencia de contraste aportada fue la STS 711/2015 de 14 de mayo de 2015 en la que también se resolvía sobre un caso en el que la afectada por el despido objetivo era una trabajadora con reducción de jornada y además embarazada. El TS consideró en este caso que el despido era nulo porque, “Tal y como ha señalado la STC 111/2003, de 15 de junio “recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión”, prueba que no ha logrado, ni tan siquiera intentado practicar”. Dichos criterios ni aparecían en las actas del acuerdo que cerró el periodo de consultas ni en ningún otro sitio, ni tampoco fueron alegados ni probados durante el procedimiento<sup>7</sup>.

Pues bien, resolviendo el recurso de casación, la STS de 20-7-2018 casa y anula la STSJ de 30 de mayo de 2016 y declara la nulidad del despido de la trabajadora. La fundamentación de dicha casación es que, en contra de lo considerado por el TSJ, el TS estima que los criterios seguidos para la designación de la trabajadora en cuestión no estaban suficientemente consignados, ni en la memoria ni en ningún otro lugar, porque lo que se hacía en la memoria era designar que debería desaparecer un puesto de trabajo, no el criterio para seleccionar a dicha trabajadora concreta<sup>8</sup>. Aunque de esta literalidad no parece deducirse la causa de la nulidad sea la falta

<sup>7</sup> FD OCTAVO STS de 14 de enero de 2015: “El demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo. Por el contrario, el demandado nada ha acreditado (...) En la memoria y en el escrito de subsanación, aportados por las demandadas, se significó que los criterios de designación de los trabajadores nominados, entre los que se encontraba la demandante, debían determinarse en la negociación del período de consultas. - En el acta de 14-12-2011, que cerró con acuerdo el período de consultas, no se menciona qué criterios se han tenido en cuenta para la selección de los trabajadores afectados”. A mayor abundamiento, en el fundamento de derecho quinto, con evidente valor de hecho probado, consta que la Dirección General de Empleo advirtió a la demandada, al inicio del período de consultas, que debía aportar los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados por el expediente contestándole, en el escrito de 17 de noviembre de 2011, que dichos criterios se establecerían en el período de consultas, lo que no se realizó. En el proceso no se ha alegado ni, por ende, practicado prueba alguna tendente a acreditar las causas reales y objetivas que, en su caso, podrían justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa respecto a la demandante.”

<sup>8</sup> FD CUARTO.2.”No cabe entender, como alega la parte recurrida siguiendo lo razonado en la sentencia impugnada, que los criterios estaban suficientemente consignados, tal y como resulta

de consignación de los criterios en la carta de despido, a continuación<sup>9</sup> la sentencia se hace eco de la de la STJ Porras Guisado, por lo que podríamos entender que esta carencia también es uno de los fundamentos de la casación.

### **1.2. La carta de despido en los casos de nulidad por vulneración de derechos fundamentales (incluido el derecho a la igualdad y no discriminación), y en los casos particulares de trabajador que ejerce derechos de conciliación y trabajadora embarazada y en periodo de lactancia**

Merece también especial atención la consideración de la diferencia entre una posible nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales (incluidos despidos discriminatorios) y el caso del despido de personas trabajadoras embarazadas y en ejercicio de determinados derechos de conciliación. En ambos casos se va a producir una inversión de la carga de la prueba, pero mientras en el primero el trabajador tiene que aportar indicios de discriminación en su selección, en el segundo caso la inversión es automática.

Esto tiene una consecuencia clara con respecto a la especificación de los criterios de selección utilizados: aunque en general la selección del trabajador concreto no tiene por qué ser justificada en la carta de despido, por pertenecer al ámbito del poder de dirección de la empresa, sí deberá justificarse a lo largo del proceso posterior a la demanda si el trabajador aporta indicios razonables de discriminación, o de vulneración de derechos fundamentales, como ya venía señalando nuestros TS y TSJ.

de la memoria explicativa que, en el apartado 5 concreta dichos criterios. El citado apartado, bajo el epígrafe “Criterios tenidos en cuenta para la designación de trabajadores afectados”, señala: “La elección de los trabajadores que deben hacerse cargo de las nuevas responsabilidades de acuerdo a la nueva estructura necesaria en la fábrica, mucho menor, responden a parámetros muy distintos de los desarrollados hasta ahora, más basados en la especialización. Las competencias más requeridas se basarán más en la gestión que en la producción: -Coordinación, supervisión y planificación de la producción propia y de la subcontratada. Control técnico y organizativo. -Movilidad funcional, tanto horizontal (distintas áreas) como vertical, trabajos de inferior categoría. El menor número de trabajadores exige una gran polivalencia en función de las necesidades de la fábrica. Todo ello para evitar la subcontratación de servicios auxiliares más esporádicos u/o imprevistos. En su caso los títulos habilitantes para dicha movilidad. -Capacidad de desarrollo o potencial para adquirir conocimientos y habilidades en otras tareas no habituales, para necesidades permanentes o temporales (ausencias) así como la capacidad de adaptación”. De los genéricos criterios consignados no resulta dato alguno que permita concluir la necesidad de amortizar el concreto puesto de trabajo de la actora, sin que pueda entenderse cumplido el requisito de consignar los criterios de designación de los trabajadores con el dato de que en el folio 319 se haga constar, bajo el epígrafe “Periodo para la realización de los despidos”: “Comercial (1 puesto de trabajo). La propia inercia de la desaparición de la sección de sándwich hace que el departamento comercial, actualmente integrado por una persona, desaparezca”, ya que dicho epígrafe se limita a consignar la desaparición de un puesto de trabajo, pero sin explicitar los criterios tenidos en cuenta para la selección de la trabajadora afectada. A mayor abundamiento hay que señalar que de todos los trabajadores afectados por el ERE, la actora era la única que no prestaba servicios en producción y que no pertenecía al centro de trabajo sito en la calle Duquesa de Tamames 75 de Madrid, sino a las oficinas centrales, sitas en la calle Secoya número 19 de Madrid”.

<sup>9</sup> FD SEXTO.4 STS de 20 de julio de 2018.

La cuestión es distinta en los casos en que la inversión es automática, es decir, en los supuestos del art. 53.4 a y b ET (entre ellos los trabajadores con reducción de jornada para el cuidado de familiares y las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia). Tras la sentencia Porras Guisado, el caso de las trabajadoras embarazadas ha quedado claro, en el sentido en que la carta ha de contener los criterios de selección utilizados, en aplicación de lo previsto en la Directiva 92/85 sobre protección de la seguridad y salud de la persona embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La sentencia, por tanto y como ya hemos dicho, no es directamente aplicable a los supuestos en que el trabajador afectado está ejerciendo alguno de los derechos de conciliación de vida laboral y familiar, puesto que no están amparados por dicha directiva. Sin embargo, ya que el ET regula conjuntamente la protección frente al despido de la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia y la de los casos de reducción de jornada para el cuidado de un menor, entendemos que la jurisprudencia debe ser aplicada indistintamente<sup>10</sup>. Además, los argumentos esgrimidos en el caso de la trabajadora embarazada son aplicables también en estos casos, ya que no tiene sentido esperar a que el trabajador aporte indicios de discriminación en la demanda cuando la inversión de la carga de la prueba es automática<sup>11</sup>.

#### **4. LAS PARTICULARIDADES DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 31 DE MAYO DE 2018**

Teniendo en cuenta todo ello, la sentencia comentada da una solución interesante al recurso planteado, confirmando la sentencia de instancia pero basándose en argumentos distintos a los de esta última. La magistrada de instancia, atendiendo al hecho de que la trabajadora estaba ejerciendo derecho a la reducción de jornada, entró a analizar si el despido era o no procedente, entendiendo que no lo era por considerar que la causa económica, organizativa y de producción alegada en la carta de despido no había sido acreditada. Al no considerarlo procedente, el fallo fue de nulidad.

Para el TSJ en cambio, la causa sí había sido convenientemente acreditada, cuestionando en cambio la selección realizada. Considera que la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e

<sup>10</sup> En el mismo sentido, FD SEXTO-2 de la STS de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014: “Nuestro ordenamiento otorga idéntica protección, en orden a la calificación del despido, a la situación de embarazo que al periodo en el que el trabajador está disfrutando de reducción de jornada por cuidado de un menor, regulado en el artículo 37.5 ET, por lo que la jurisprudencia referente a los supuestos de despido de la trabajadora embarazada, es plenamente aplicable al despido del trabajador que disfruta de la reducción de jornada contemplada en el artículo 37.5 ET”

<sup>11</sup> STS 6 de mayo de 2009, rec. 2063/2008, d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental

igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, como la jurisprudencia del TJ, al exigir que se establezcan procedimientos judiciales que garanticen que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, imponen en este caso a la empresa “la carga de acreditar el porqué de la selección de Dña. Elisenda como trabajadora a despedir”. Deja abierta la posibilidad de que la prueba se hubiese hecho en la comunicación extintiva o bien durante el procedimiento, tomando en consideración simplemente que no se ha acreditado, y es por ello por lo que se desestima el recurso.

Queda abierta por tanto, todavía, la cuestión de la repercusión de la doctrina Porras Guisado con respecto al contenido de la carta de despido en aquellos casos que el ET asimila a los de despido de trabajadora embarazada o en periodo de lactancia.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, J. “La comunicación individual del despido colectivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 165/2014.

BELTRÁN HEREDIA, I., “Trabajadoras embarazadas, despido colectivo y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 11 de junio de 2018.

BELTRÁN HEREDIA, I., Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porras Guisado), *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 24 de febrero de 2018

GARCÍA PIÑEIRO, N. “La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo: una nueva petición de decisión prejudicial. ATSJ Cataluña, de 20 enero 2016” *Revista Española de Derecho del Trabajo* 192/2016

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N° 191, 2016.

NAVARRO, C., “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española a la normativa comunitaria” *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 939/2018

QUINTERO LIMA, G. “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa”,

*Revista de Información Laboral*, 5/2016.

ROJO TORRECILLA, E., “Trabajadora embarazada que es despedida tras acuerdo en período de consultas en despido colectivo. Requisitos de la carta de

despido. Nulidad por falta de concreción de la causa de despido. Notas a la sentencia del TS de 20 de julio de 2018. ¿Retoca la doctrina Bankia?”, *El blog de Eduardo Rojo*, 7 de octubre de 2018.

ROJO TORRECILLA, E., “Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos Directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)”, *El blog de Eduardo Rojo*, 25 de febrero de 2018.