

ARTÍCULOS

LA MAYOR EXIGENCIA INFORMATIVA EN LA COMUNICACIÓN DE DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS Y EN LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONCRETA AFECTACIÓN INDIVIDUAL (EX ART. 53.4 ET)

JOAN AGUSTÍ MARAGALL
Magistrado especialista
Sala Social del TSJ de Catalunya

(El presente artículo se corresponde con el último epígrafe de la ponencia presentada en las Jornadas de Outono el pasado 22.11.19, "Igualdad, conciliación y maternidad. Análisis crítico de las principales novedades en el Real decreto-ley 6/2019", pendiente de publicación en la revista "Actum" de editorial Lefebvre)

SUMARIO

1. La reforma del art. 53.4 ET.
2. Valoración de la reforma.
3. La ínsita obligación de informar (en la carta de despido), como obligación previa a la de justificar (en el acto del juicio).
4. La comunicación de afectación individual en el despido colectivo.
5. La irradiación de la nueva garantía en la conformación y aplicación de los criterios de afectación en el despido colectivo.
6. La asignatura pendiente: la tutela prohibitiva

1. LA REFORMA DEL ART. 53.4 ET

El RDL 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en su artículo 2.13, ha reformado el antepenúltimo párrafo del art. 53.4 ET, introduciendo una importante modificación en lo que conocemos como la tutela "objetiva" frente al despido objetivo, que ha pasado un tanto desapercibida para la doctrina científica, al disponer – en relación a la posible calificación judicial de la procedencia de las extinciones individuales por causas objetivas de trabajadores/as en las situaciones "protegidas- lo siguiente (en cursiva, la novedad introducida):

"Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que

sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.”

Se refuerza con ello, notablemente, dicha tutela “objetiva” en tanto que la empresa deberá no solo justificar la procedencia de la decisión extintiva (esto es, la concurrencia de la causa objetiva invocada y la adecuación y razonabilidad de la medida extintiva), sino –además y bajo un exigente criterio de “*acreditación suficiente*”- convencerle de que debe ser necesariamente la persona en la situación “protegida” la afectada. La expresión “*requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*” no deja lugar a muchas dudas al respecto.

2. VALORACIÓN DE LA REFORMA

El preámbulo del RDL 6/2019 nada dice respecto a esta importante reforma, cuando bien le habría ido al legislador para justificar la urgencia de la vía legislativa (y minimizar el riesgo de una posible declaración de inconstitucionalidad en razón de la utilización de tal vía legislativa), ya que su origen radica en el déficit transpositivo de nuestro ordenamiento en relación al artículo 10.2 de la Directiva 92/85¹, 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, puesto de manifiesto en la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/2016 (asunto “Porras Guisado”).

En efecto, dicha sentencia, en el segundo punto de su parte dispositiva, declaró 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*”.

Recordemos que dicho precepto, el art. 10.2 de la Directiva, dispone que “*Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.*” Por consiguiente, es una simple obligación informativa que se sitúa en el momento de comunicar el despido al trabajador/a, esto es, en la carta de despido.

¹ El artículo 10 de la Directiva 92/85, bajo el título, “Prohibición de despido”, dispone:

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

1) *Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.*

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

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

La norma interna de transposición que ahora analizamos va más allá, y sin explicitar la obligación de esta previa información en la carta de despido, establece una obligación más concreta y exigente: no es sólo que el empresario deba “*indicar los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido*” (parafraseando el punto segundo de la parte dispositiva de la STJUE Porrás Guisado), ni “*dar motivos justificados de despido por escrito*” (en los términos literales del art. 10.2 de la Directiva, a mi juicio, más exigentes que en dicha sentencia), sino –y sobre todo- que “*deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”, acreditación que –en tanto que es para la consideración como “procedente” del despido- debemos situar en el acto del juicio que conozca de la posible impugnación del despido.

Se ha transpuesto una obligación que –según el estricto tenor literal del art. 10.2 de la Directiva- podía entenderse como estrictamente informativa, en una obligación acreditativa en el acto del juicio, ciertamente más exigente y que, en todo caso, integra necesariamente –como obligación previa- la estrictamente informativa.

Ello puede suponer –en la práctica y tanto en el contexto de despidos objetivos individuales como colectivos- el reconocimiento de una casi prioridad de permanencia en favor de los/las trabajadores/as en las situaciones protegidas, que se impondrá al tradicional margen de discrecionalidad empresarial que la jurisprudencia ha venido reconociendo sin otro límite –hasta ahora- que la prohibición de discriminación. Tal conclusión me parece especialmente evidente a la luz de la “tutela prohibitiva” de la Directiva que transpone, en el que la posibilidad de despido es –ex art. 10.1 de la misma- una excepción a la regla general de prohibición.

Lo que no tengo tan claro es si el legislador era consciente de este efecto cuando, mediante la reforma que analizamos (y a diferencia de la restringida nueva “tutela objetiva” en el período de prueba del art. 14 ET), extiende esta mayor tutela a todas las “situaciones protegidas” por la tutela objetiva ex art. 53.4 ET, cuando la “tutela prohibitiva” (salvo “caso excepcional”) del art. 10 de la Directiva 92/85 se restringe a las tres situaciones contempladas en su artículo 2, todas ellas comunicadas al empresario o conocidas por el mismo: embarazo, maternidad y periodo de lactancia².

Adviértase, pues, que con la reforma introducida el legislador nacional efectúa una doble mejora de la obligación informativa del art. 10.2 de la Directiva: en su ámbito de aplicación (al extenderlo a otras situaciones no protegidas en la Directiva, aunque sí en la “tutela objetiva” interna), y en la exigencia de la garantía (justificativa y no meramente informativa, de la necesidad del despido).

² El artículo 2 de dicha Directiva define como situaciones protegidas: “a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales; b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales; c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Quizás con ello el legislador ha intentado, por esta vía, corregir la manifiesta insuficiencia de la “tutela objetiva” respecto a la “tutela prohibitiva” establecida en el art. 10 de la Directiva, advertida en el tercer pronunciamiento de la STJUE Porrás Guisado, cuestión que trataré más adelante, después de abordar tres cuestiones aplicativas de la nueva obligación.

3. LA ÍNSITA OBLIGACIÓN DE INFORMAR (EN LA CARTA DE DESPIDO), COMO CONDICIÓN PREVIA A LA DE JUSTIFICAR (EN EL ACTO DEL JUICIO)

Como ya he avanzado, debemos entender –necesariamente- que esta obligación de acreditación en el acto del juicio comporta una igualmente exigente obligación previa, en la comunicación de despido, de explicitar los motivos que justifican la concreta afectación. Solamente desde este entendimiento se podrá entender debidamente cumplida la obligación de transposición del mandato contenido en el artículo 10.2 la Directiva 92/85 conforme “*cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.*”

Ello, por otra parte, vendría obligado por el estricto mandato del art. 105.2 LRJS, que impide a las empresas oponer en el acto del juicio por despido otros hechos que los invocados en la carta de despido, precepto aplicable –también- a las impugnaciones de despidos objetivos tanto individuales como derivados de despido colectivos, ex arts. 121 y 124.13 LRJS, respectivamente. Esta obligación informativa de la comunicación extintiva se corresponde, lógicamente, con la nueva obligación, ya en el acto del juicio, de “*acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.*” Y para tal justificación en el acto del juicio, la empresa –dada la prohibición del art. 105-2 LRJS- no podrá invocar otros hechos que los invocados en la carta de despido.

Por consiguiente, en mi opinión, no bastará con enunciar genéricamente los criterios objetivos de afectación, si los hay, sino que –en los términos de la nueva norma- los concretos hechos que fundamenten “*que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”, esto es, la necesidad de despedir concretamente a aquella persona trabajadora.

4. LA COMUNICACIÓN DE AFECTACIÓN INDIVIDUAL EN EL DESPIDO COLECTIVO

Como lógica e importante consecuencia de la reforma que analizamos, entiendo que también en la comunicación de afectación individual –en razón de la remisión del art. 51.4 ET- deberá, caso que el afectado/a esté en una de las situaciones protegidas, explicitarse los motivos –fácticos y jurídicos (criterios de afectación)- de su concreta afectación.

De hecho, como hemos visto, la STJUE Porrás Guisado se refiere precisamente a una comunicación de afectación individual de un despido colectivo (Bankia) y en el punto segundo recuerda la necesidad de que la normativa nacional cumpla la obligación informativa del art. 10.2 de la Directiva. Y es que, recordemos, el art. 51.4 ET, en referencia a la comunicación individual de afectación del despido colectivo, dispone que “*alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los*

trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1.”

Ciertamente, podría objetarse a mi conclusión que el art. 53.1 ET se limita a establecer, como primer requisito formal del despido objetivo individual, el de la “*comunicación escrita al trabajador expresando la causa*”, sin exigencia respecto la justificación de la afectación individual. Pero –como ya he razonado anteriormente- me parece claro que sí, para lograr la declaración de procedencia, la empresa “*deberá acreditar suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”, ello deberá comportar, inescindiblemente, la previa explicitación de tal exigencia en la carta de despido, y ello no solamente para atender al mandato de no indefensión procesal ex art. 105-2 LRJS, sino –sobre todo- para entender cumplido el mandato transpositivo ex art. 10.2 de la Directiva, ya referido (“*el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito*”).

Y es que no debemos perder de vista, en esta cuestión, que la reforma que analizamos es en transposición de dicha Directiva que establece como regla general (art. 10.1) la prohibición de despido en las situaciones protegidas (ciertamente, en un número mucho más restringido, al limitarse al embarazo comunicado, la maternidad y la lactancia), y que solamente cuando concorra un “caso excepcional” podrá salvarse dicha regla general, lo que explica la especial exigencia en la obligación informativa justificadora de que concurre tal excepcionalidad.

Considero que no puede oponerse a la anterior conclusión la doctrina establecida en la STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2014 (ratificada por numerosas sentencias posteriores), por la que TS estableció que en la carta de despido individual posterior al despido colectivo no era necesario que constara más causa que la general que justificaba el despido colectivo. Sin necesidad de extenderme aquí en mi frontal discrepancia respecto a tal doctrina (en plena sintonía con el voto particular a la misma), en la misma no se analizó la incidencia del mandato del art. 10.2 de la Directiva 92/85 en la cuestión³.

5. LA IRRADIACIÓN DE LA NUEVA GARANTÍA EN LA CONFORMACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN EN EL DESPIDO COLECTIVO

Y si asumimos como obligada la anterior conclusión, también deberemos inferir otra, tanto o más relevante, como es que tal mayor exigencia en la justificación de la necesidad de la concreta afectación individual de los trabajadores en las “situaciones protegidas” deberá tenerse en cuenta al fijarse (unilateral o negociadamente, con la RLT) los criterios de afectación, tanto en el momento de su formulación como en el de su aplicación.

³ Así lo entiende la STSJ de Cataluña de 26.4.18 (nº 2520), en el litigio principal del asunto Porras Guisado, en aplicación de la previa STJUE: “*Pues bien, es obvio que del contenido del art.10.2 de la Directiva, conforme a la vinculante interpretación que del mismo nos brinda el TJUE (art.4bis LOPJ) la doctrina anteriormente expuesta del TS no puede aplicarse en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que se vean afectados 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.*”

Ello puede suponer, en la práctica, una especie de “nueva” prioridad legal de permanencia en favor de los trabajadores/as en dichas situaciones, tesis ya aplicada en alguna sentencia en el contexto de un despido colectivo (bien que respecto a las embarazadas que habían comunicado su embarazo a la empresa⁴) y que he defendido en el algún trabajo anterior⁵.

Desde este criterio, en la situación de hecho analizada por la STJUE Porras Guisado, afectación de una trabajadora embarazada en por un despido colectivo en aplicación de los criterios objetivos predeterminados (una más entre muchos/as trabajadores de su misma categoría profesional), la consecuencia debiera haber sido la calificación de nulidad del despido, por cuanto difícilmente podría justificarse “*que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*” (un auténtico “test de indispensabilidad”, para justificar la “excepcional” afectación por el despido). Ocurre –ello no obstante- que ni constaba que el embarazo estuviera comunicado a la empresa, ni las cuestiones prejudiciales se plantearon desde esta perspectiva.

6.- LA ASIGNATURA PENDIENTE: LA TUTELA PROHIBITIVA

Compatible con apreciar la importancia de la reforma que analizamos, que refuerza notablemente la “tutela objetiva”, es que reitere mi crítica respecto a la falta de adecuación –o insuficiencia- de la misma (en la que se enmarca esta reforma) respecto a la “tutela prohibitiva” de la Directiva. El legislador español se resiste a entender, a pesar de la claridad de la STJUE Porras Guisado al respecto, que en el artículo 10 de la Directiva se establecen dos tutelas distintas: la prohibitiva o preventiva en el apartado primero, y la meramente reparativa en el apartado tercero.

Partamos del tenor literal del artículo 10 de la Directiva que –bajo el título «Prohibición de despido»- establece:

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

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el

⁴ SJS 33 Barcelona, 18-12-12, autos nº 529/12, confirmada por STSJC de 28.11.13.

⁵ “La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo”, Capítulo XXV de la obra colectiva “Tratado del Despido Colectivo”, ed. Tirant Lo Blanc, 2016. La tesis, ya recogida en algún pronunciamiento anterior se resume en que las trabajadoras embarazadas (siempre que comuniquen su estado al empresario) o en permiso de maternidad, más allá de la estricta tutela-antidiscriminatoria establecida en nuestro marco normativo interno, deberían gozar de una “tutela prohibitiva” establecida en dicha norma comunitaria que determina que solamente puedan ser “afectadas” (despedidas) en “casos excepcionales” y, en su caso, “*siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo*”. Ello supondría –en la práctica- conferir a la trabajadora en tales situaciones la una prioridad de permanencia frente al despido colectivo igual, sino superior (por derivar de un mandato comunitario), a la de los representantes legales de los trabajadores, de tal forma que su “*excepcional*” afectación –en nuestro marco jurídico, en el que ya no hay “*autoridad competente*” que la pudiera autorizar- solamente podría validarse judicialmente en situaciones de absoluta indispensabilidad (esto es, de inexistencia de otro posible candidato/a para la afectación).

apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

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

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

Conviene recordar, en este punto, que la finalidad de esta Directiva es estrictamente preventiva y no anti-discriminatoria. Y es que esta directiva 92/85 respondía a la obligación del Consejo de Europa, según el art. 118 del Tratado, de establecer disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, en desarrollo de lo dispuesto en la Directiva-Marco 89/391 en materia de Seguridad Social, y, en concreto, para proteger a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia de diversos riesgos o situaciones laborales adversas a la maternidad, respecto tanto a agentes físicos (choques, vibraciones, sobrecargas, ruido, radiaciones, temperaturas extremas, etc.), agentes biológicos, pero también - como riesgo laboral específico- el de ser despedida. Así se recoge explícitamente en uno de los últimos “considerandos” del preámbulo:

“Considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido.”

En este contexto, fundamentalmente proteccionista y prevencionista (no anti-discriminatorio), aparece, en el art. 10, la “prohibición de despido” como “*garantía para las trabajadoras...del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo*”, a fin de prevenir un riesgo más, como es el despido, riesgo que -según se expresa en el párrafo reproducido- “*puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*”.

Llama la atención -y resulta muy significativo- que la directiva, ni en su exposición de motivos ni en su articulado, no utiliza ni una sola vez la palabra “*discriminación*” ni ninguna derivada de la misma. Y, curiosamente, la “*igualdad de trato*” aparece citada una sola vez, pero no como objetivo o finalidad de la directiva, sino como límite de las disposiciones proteccionistas y prevencionistas de la misma:

“Considerando que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atender contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres;”

Este párrafo, desde el momento que impone el límite de no “*atender contra las directivas en materia de igualdad de trato...*”, diferencia y coordina claramente ambas

tutelas, la prohibitiva o prevencionista (establecida en la propia Directiva 92/85) y la anti-discriminatoria (refundida en la Directiva 2006/54).

Sólo desde esta finalidad preventiva, se entiende la explícita referencia al art. 2 de la propia Directiva 92/85, que define como “*trabajadora embarazada... cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales..*”; la exigencia de esta comunicación previa al empresario, ciertamente llamativa desde la perspectiva de nuestra “tutela objetiva” (en la que, según consolidado criterio jurisprudencial, no se exige), es consubstancial a la lógica de la “tutela prohibitiva” o “preventiva” que se establece: para que sea efectiva una prohibición de despido a la trabajadora embarazada resulta indispensable que el empresario conozca su embarazo.

La transposición de esta “tutela prohibitiva”, establecida en el art. 10 de la Directiva, mediante la introducción de la denominada “tutela objetiva” en la ya antigua Ley 39/99 de Conciliación de la vida laboral y familiar, por ello, siempre me ha parecido deficiente y confusoria desde su promulgación⁶, al convertir una tutela prohibitiva “ex ante” (prohibición del despido en unas concretas situaciones –embarazo, maternidad y lactancia- para atender su finalidad preventiva) en una “tutela declarativa ex post”, que si bien amplia notablemente las situaciones protegidas (al ampliarla a muchos otros supuestos, a modo de tutela anti-discriminatoria “automática”, que exonera de la prueba indiciaria previa), frustra la finalidad preventiva que se pretendía con la tutela prohibitiva.

En todo caso, así lo ha entendido la STJUE Porrás Guisado cuando, en respuesta a la tercera cuestión planteada, responde, corta pero contundentemente, en los siguientes términos:

3) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que 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.

Para tomar plena conciencia de la relevancia de esta respuesta entiendo que es fundamental seguir el iter argumental que lleva al TJUE a tal conclusión, en gran parte proporcionado la Abogada General Sharpston en sus conclusiones de fecha 14.9.17.

Así, empieza el TJUE por recordar -apartado 57- que, como se desprende del artículo 288 TFUE, al transponer una directiva los Estados miembros, si bien disponen de un amplio margen de apreciación respecto de la selección de los procedimientos y de los

⁶ -“La tutela anti-discriminatoria en las extinciones contractuales resultante de la Ley 39/1999: apuntes críticos” (Ed. Marcial Pons, obra colectiva “Nuevos Escenarios para el Derecho del Trabajo;...”, AAVV, 2000). En dicho artículo, y entre otras conclusiones, denunciaba la insuficiencia de la tutela declarativa “ex post” respecto a la tutela prohibitiva “ex ante”: “*no es lo mismo que la empresa no pueda despedir a la trabajadora embarazada sino media autorización administrativa o judicial en un supuesto excepcional, que el mantenimiento, en definitiva, de la facultad unilateral del empresario de rescindir la relación laboral, con la carga para la trabajadora de proceder a su impugnación judicial en pos de la tutela “declarativa/repositoria”*”. Cuestionaba porqué motivo el legislador español no podía, siguiendo la norma europea, simple y llanamente, prohibir el despido en las situaciones protegidas, trasladando al empresario la carga de obtener el “acuerdo” de la “autoridad competente” para el despido, y ello sólo en los “casos excepcionales”.

medios destinados a tal fin, están obligados a garantizar la plena eficacia de los mandatos de aquella.

Ya en relación con el tenor del artículo 10 de la Directiva 92/85, en los apartados 58 y 59, distingue –y esto es fundamental- un doble mandato:

-según el apartado 1º de dicho precepto, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir, en principio, el despido de esas trabajadoras.

- y, por otro lado, el punto 3 del mismo artículo establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sea ilegal en virtud del punto 1 del mismo artículo.

De este modo, el artículo 10 de la Directiva 92/85 opera una distinción expresa entre, por un lado, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y por otro, la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación. Y añade que, por consiguiente, la transposición correcta del mencionado artículo obliga a los Estados miembros a establecer esta doble protección⁷.

A continuación, en el apartado 60, destaca la relevancia de la primera de ambas protecciones, que califica de “protección preventiva”, razonando –apartado 61- que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, por lo que procede establecer una prohibición de despido de estas trabajadoras. Y en el apartado 62 enfatiza la gravedad que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, incluyendo el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo.

En términos muy claros, ya en el apartado 64, declara la insuficiencia de nuestra “tutela reparativa” (la mera declaración de nulidad posterior al despido), cuando afirma que el riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo.

Ya en los apartados 65 y 66 concluye , que, con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del artículo 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente,

⁷ En relación con el tenor del artículo 10 de la Directiva 92/85, por un lado, según la redacción del punto 1 de dicho artículo, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir, en principio, el despido de esas trabajadoras. Por otro lado, el punto 3 del mismo artículo establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sea ilegal en virtud del punto 1 del mismo artículo.

De este modo, el artículo 10 de la Directiva 92/85 opera una distinción expresa entre, por un lado, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y por otro, la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación. Por consiguiente, la transposición correcta del mencionado artículo obliga a los Estados miembros a establecer esta doble protección.

en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado, por lo que procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que 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.

Para terminar. ¿Cómo podría repararse este déficit? En forma sencilla, cumpliendo a rajatabla lo que dice el TJUE: integrando explícitamente la tutela prohibitiva o preventiva, mediante la prohibición de despido respecto de estas tres concretas situaciones, en términos parecidos al art. 10.1 de la Directiva, en el art. 19 ET, referido a la Seguridad y Salud en el trabajo. Y salvando los “casos excepcionales” que se exceptúen de esta regla general mediante la remisión a la regulación del despido disciplinario (con la simple declaración de procedencia del despido) y a la del despido por causas objetivas (individual y colectivo). Y en este último caso, introduciendo un nuevo supuesto de nulidad, derivado de la “tutela prohibitiva”, restringido a estas tres específicas situaciones y diferenciado de la tutela “objetiva”, en el que la declaración de nulidad por infracción de la prohibición de despido, además de poder comportar una indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la prohibición preventiva, solo podría exceptuarse –mediante la declaración de procedencia- caso de justificarse la excepcional necesidad de su despido.

La necesidad de que nuestro marco normativo interno recoja explícitamente la prohibición de despedir en estas específicas situaciones, más allá de una cierta obsesión personal⁸, es un mandato explícito del artículo 10 de la Directiva (en su primer apartado), cuyo incumplimiento ha sido reprochado con singular contundencia en la SJTUE Porras Guisado, como hemos visto.

Y es que, debo insistir en ello, no es lo mismo prohibir el despido, que anularlo una vez producido. La inclusión en la ley de la prohibición tendría, además de su eficacia jurídica, un valor pedagógico y una relevancia en nuestra “cultura” de relaciones laborales en absoluto desdeñable⁹.

⁸ El origen probable de mi preocupación por esta cuestión lo rememoro en un trabajo reciente –“*La prohibición de despedir a la trabajadora que comunica su embarazo*”: (. Revista electrónica “*La Ciudad del Trabajo*”. Edit. Bomarzo – al relatar el caso que viví como abogado, recién promulgada la Ley 39/99 y que me suscitó un cambio de enfoque del tema, plenamente congruente con los razonamientos de la STJUE Porras Guisado ya reproducidos. Se trataba de una filóloga que desempeñaba funciones de traductora y correctora de catalán en una empresa editorial y que había sufrido un despido objetivo durante la situación de maternidad por la, al parecer, ineludible necesidad de amortizar su concreto puesto de trabajo. Cuando intentaba convencerla de las notables posibilidades de conseguir la declaración de nulidad gracias a la recién estrenada “tutela objetiva”, me mostró su desolada indignación por cuanto ella “ya había sido despedida y, por consiguiente, “eso” (el hecho mismo del despido) tenía difícil reparación, expresándome, además, que tenía la convicción de que en los países nórdicos nunca habría podido ser despedida, por cuanto “ahí” sí que se protegía y fomentaba seriamente la maternidad.

⁹ Para facilitar la corrección de tal déficit de transposición me atrevo hasta a proponer el redactado de un nuevo apartado, el sexto del art. 19 ET (Salud y Seguridad en el trabajo), que lo repararía:

“6.- La empresa no podrá despedir a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o en disfrute del permiso de maternidad o lactancia, desde el momento en que tenga conocimiento de cualquiera de tales situaciones y hasta que finalice la última de ellas, salvo concurrencia de causa excepcional, disciplinaria u objetiva, no inherente a su estado, que –caso de impugnación del despido- deberá ser apreciada judicialmente”.