

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sentencia 2520/2018, de 26 de abril de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 3002/2015

SUMARIO:

Despido colectivo. Trabajadora embarazada. Discriminación. Prioridad de permanencia. Comunicación individual. Suficiencia de la carta de despido. El tratamiento que la Directiva 92/85 da al despido de la trabajadora embarazada es el propio de un riesgo para su salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela anti discriminatoria. Resulta clara la falta de transposición del artículo 10 de la Directiva 92/85, pues la Ley 39/1999 se limita a reformar los artículos 53.4 y 55.5 ET que contemplan la tutela antidiscriminatoria frente al despido de la mujer embarazada y la tutela objetiva frente al despido (ambas son tutela ex post), pero en ningún momento contempla la prohibición de despedir como riesgo para la salud de la embarazada (tutela ex ante). Al haberse constatado la falta de transposición de la prohibición de despido por embarazo en nuestro ordenamiento, queda abierta la *acción Francovich* por responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión. Se declara procedente el despido por cuanto se constata la concurrencia de causas objetivas de tipo económico, que justifican el despido colectivo en Bankia, por el que se ve afectado la trabajadora. Conforme al TJUE, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos, constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras y, por tanto, justifican la excepción a la regla general de prohibición del despido de mujeres embarazadas. En estos casos no le es exigible a la empresa una prioridad de permanencia ni una recolocación de la trabajadora, salvo que las mismas resulten de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Todo ello sin perjuicio de la acción de responsabilidad que, en su caso, le puede corresponder a la recurrente frente al Estado, por no transponer a nuestro Derecho interno la prohibición de despido de mujeres embarazadas. Ahora bien, mientras que en la doctrina del Tribunal Supremo relativa a los despidos colectivos se excluyen del alcance del contenido de la comunicación individual de despido los concretos criterios de selección de los afectados, no obstante, y en base a la STJUE en el Asunto C-103/2016 **-NSJ057973-** (consecuencia de cuestión prejudicial planteada en el presente proceso), es necesario que la carta de despido indique, en relación con las trabajadoras embarazadas, los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas. En el presente caso la carta cumple con la exigencia dimanada de la doctrina del TJUE de señalar la causa y, además, contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras finalmente despedidas. Sala General.

PRECEPTOS:

Directiva 92/85/CE (Mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada), art. 10.
RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 51.4, 53.1 y 55.1 y .5.
Ley 36/2011 (LRJS), art. 122.1.

PONENTE:

Don Carlos Hugo Preciado Domenech.

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL
ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO
ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
ILMO. SR. IGNACIO M^a PALOS PEÑARROYA
ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS
ILMA. SRA. M^a TERESA OLIETE NICOLÁS
ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER
ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA
ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS
ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL
ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT
ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. EMILIO GARCÍA OLLÉS
ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA
ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS
ILMO. SR. FELIX V. AZÓN VILAS
ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ
ILMA. SRA. M^a MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA
ILMA. SRA. JUANA VERA MARTÍNEZ
ILMA SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 26 de abril de 2018

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 2015, que contenía el siguiente Fallo:

" DESESTIMAR la demanda de despido interpuesta por Luisa contra BANKIA SA, representantes de los trabajadores (Sección Sindical de CCOO, Sección Sindical de UGT, Sección Sindical de ACCAM, Sección Sindical de SATE y Sección Sindical de CSICA), ABSOLVIENDO a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

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

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

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

colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en BANKIA SA, firmada en fecha 8 de febrero de 2013.

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

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

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

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

(...)"

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

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

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

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

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte demandada Bankia, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

Cuarto.

Por providencia de fecha 19 de noviembre de 2015, se confirió a las partes y al Ministerio Fiscal el plazo de 15 días para formular alegaciones acerca de plantear cuestión prejudicial sobre interpretación de derecho derivado ante el TJUE .

Han efectuado alegaciones el Ministerio Fiscal y Bankia.

Quinto.

Por auto de fecha 20 de enero de 2016, esta Sala dictó Auto por la que se acuerda plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedando en suspenso la tramitación de este recurso.

Sexto.

Remitidas las actuaciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y tras la tramitación legal oportuna, la Abogado General, emitió escrito de conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La demandante, D^a LUISA, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 43/2015 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Mataró en los autos 96/2014, en fecha 25/02/2015.

La sentencia recurrida desestima la demanda de despido interpuesta por la actora frente a BANKIA S.A. y los representantes de los trabajadores/as (Sección Sindical de CCOO, Sección Sindical de UGT, Sección Sindical de ACCAM, Sección Sindical de SATE y Sección Sindical de CSICA). En la demanda se solicitaba la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido de la trabajadora.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de BANKIA S.A., que pide la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso, confirmándose la resolución recurrida.

Segundo. Cuestión prejudicial.

Por medio de providencia de 19/11/2015, la Sala acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, a fin de que formularan alegaciones, conforme al art. 267 TFUE y arts.93-113 Reglamento de procedimiento del TJUE de 25/09/12.

Evacuado el trámite de alegaciones de las partes y el Ministerio Fiscal, se dictó auto de fecha 20/01/2016, en cuya virtud se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE , con las siguientes preguntas:

1) ¿Debe interpretarse el art.10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de "casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales", en tanto que excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia" , es un supuesto no equiparable a "uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" a que se refiere el art.1.1a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998 , sino un supuesto más restringido?

2) ¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?

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

4) ¿Es conforme al art.10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 una legislación, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia ?

5) ¿A los efectos del apartado 2 del art.10 de la Directiva 92/85, es conforme una normativa nacional que considera suficiente una carta de despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva?

El TJUE (Sala Tercera), en su STJUE 22 de febrero de 2018, C-103/2016 , resuelve la cuestión prejudicial y declara:

1) El artículo 10, punto 1 , de 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a) , de 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.

2) 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.

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.

4) El artículo 10, punto 1 , de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que 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 mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

Una vez fijada la respuesta obtenida por el TJUE a la cuestión planteada por esta Sala con carácter prejudicial, procede ahora entrar a resolver el fondo del recurso, partiendo para ello de lo decidido por Tribunal de la Unión (art. 4 bis LOPJ).

Tercero. Resolución del recurso. Revisión de hechos probados.

La recurrente, en su primer motivo, invoca el art.193b) LRJS para revisar los hechos probados , con la adición de dos nuevos hechos al relato fáctico.

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007).

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación.

Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero.

Pues bien, en el caso de autos, en cuanto a la adicción de los dos nuevos hechos probados, en los mismos se pretende hacer constar el contenido del acta de la comisión negociadora del período de consultas del despido colectivo de 08/02/14 en cuanto a los criterios de selección de los afectados, lo cual resulta intrascendente, por innecesario, pues el hecho probado segundo de la sentencia recurrida da por totalmente reproducido dicho acuerdo por lo que, en rigor, el mismo ya consta en hechos probados. Por tanto, el motivo ha de ser desestimado.

Cuarto. Circunstancias de hecho y sentencia recurrida.

Son hechos relevantes a considerar para la resolución del recurso los que pasamos a resumir:

1) La actora trabajaba para Bankia. El 09/01/13 se inicia un período de consultas, que termina con un acuerdo de 08/02/13 de la comisión negociadora en que se abordan: despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar

2) El 13/11/13 BANKIA notifica a la trabajadora carta de despido por causas objetivas de tipo económico, con efectos de 10/12/13, en virtud del acuerdo de la comisión negociadora.

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

1) El ámbito de afectación que se tomará será la provincia o las agrupaciones y/o unidades funcionales de servicios centrales en la que se preste servicios.

2) En este sentido, una vez deducidos de los puestos de trabajo que la Empresa decida amortizar como consecuencia del procedimiento de adhesión y descontadas aquellas personas que se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica cambio de puesto de trabajo para cubrir las necesidades originadas por las adhesiones iniciadas por los empleados (...), la Empresa designará a las personas afectadas por el despido

colectivo dentro del ámbito correspondiente teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto del perfil competencias, indicadores de potencial".

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

1. En el caso de matrimonios o parejas de hecho, sólo se podrá afectar a uno de los cónyuges a su elección de acuerdo a las necesidades funcionales y de perfiles requeridos, pudiendo ser necesaria la movilidad geográfica para cumplir este requisito.

2. -En el caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33% reconocida y acreditada por los Organismos competentes de cada CCAA, y siempre y cuando exista amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional.

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

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

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

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

Quinto. Infracción de normas sustantivas y jurisprudencia.

5.1.- OBJETO DE LA CONTROVERSIA

El objeto de controversia en el presente recurso es doble, y consiste, sintetizadamente en :

- Prioridad de permanencia de trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo: en este punto, hay que determinar si se aplica al caso concreto garantía "ex ante" que contempla el art.10 de la Directiva 92/95, que consiste en la prohibición de que una empresa despidas a trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales, esto es, cuando dicha afectación devenga inevitable; y si la consecuencia de tal prohibición sería que la trabajadora embarazada gozase de una prioridad de permanencia en relación con otros trabajadores/as que no tuvieran ningún tipo de protección o tuvieran una protección menor; por lo que -concluye la recurrente- procedería la nulidad y la correspondiente readmisión, con abono de los salarios de tramitación.

- Suficiencia de la carta de despido: en este segundo punto de controversia, hay que determinar si la carta de despido, en el caso concreto, es suficiente o adolece de la información necesaria sobre los criterios de selección de la afectada por el despido, y por tanto le ha generado efectiva indefensión.

5.2- PRIORIDAD PERMANENCIA

Al amparo del art.193c) LRJS, el recurrente denuncia la infracción de los siguientes preceptos:

Art. 10 Directiva 92/85 y arts. 10.2, 14,1 y 24-1 DE; art.51.1 51.5 y 55.5b) ET, art.124.13 LRJS.

La recurrente considera, en síntesis, que la resolución recurrida no aplica la garantía "ex ante" que contempla el art.10 de la Directiva 92/95 que consiste en la prohibición de que una empresa pueda, mediante despido colectivo, afectar a trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales, esto es, cuando dicha afectación devenga inevitable. Considera la recurrente que dicha directiva tiene efecto directo, puesto que su transposición por la Ley 39/99 únicamente se produjo parcialmente, respecto de la tutela ex post, fijada en la Directiva 2006/54, pero no respecto de la tutela prohibitiva ex ante fijada en la Directiva 92/85, por lo que la trabajadora embarazada debería gozar de una prioridad de permanencia en relación con otros trabajadores que no tuvieran ningún tipo de protección o tuvieran una protección menor, por ello, procedería la nulidad y la

correspondiente readmisión. Se cita como sentencia de esta Sala la de 29/11/2013, nº 7833/2013, Recurso 2718/2013.

La impugnante niega la existencia de tales infracciones por entender, resumidamente, que la recurrente plantea una cuestión nueva, no alegada en la instancia; y, en segundo término que una directiva no puede gozar de efecto directo horizontal, es decir, que por sí sola, no puede crear obligaciones a cargo de un particular (Caso Faccini Dori y otros) .

Antes de entrar en el fondo del asunto, hay que resolver dos cuestiones previas: La alegación de cuestión nueva no puede ser admitida, toda vez que se trata de una norma jurídica y su aplicación de lo que se discute en el primer motivo de recurso, por lo que el iura novit curia (art.218.1 LEC) ha de jugar al margen de las alegaciones de las partes, sin que la recurrente introduzca en el recurso hechos nuevos o distintos de los alegados y considerados en la instancia, por lo que tal alegación de la impugnante debe ser rechazada.

5.2.1.- Primacía vinculante del Derecho de la Unión y sus límites en un litigio entre particulares.

En segundo lugar, en cuanto a la eficacia únicamente vertical de la directiva, aducida por la impugnante; hay que recordar que cuestión de la eficacia horizontal de las Directivas de la UE ha sido sintetizada en la doctrina del TS (STS 14/07/2011, (Rec 74/2017), como sigue:

A) El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento con motivo de la adhesión, habiendo sido aceptado por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 (STC 145/2012, de 2/Julio , FJ 5).

B) Como se dice en la STS 23/03/15 (rcud 2057/14), «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE - anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla».

C) La llamada «eficacia directa» del Derecho derivado UE -posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la UE, que son «directamente aplicables en cada Estado miembro» [art. 288 TFUE], por integrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE [art. 297 TFUE].

D) Además de los Reglamentos, a partir de la STJ 04/12/1974 [asunto C- 41/74 «Van Duyn»] la posibilidad de «eficacia» directa se extiende igualmente - aunque en forma muy limitada- a otra parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta.

E) Eficacia directa que ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas, pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra», por más que en algún supuesto el TJUE ha admitido la aplicación directa del derecho «regulado» por una Directiva, con posible invocación por y frente a particulares. Pero ha de resaltarse: a) que propiamente no se consagra la «eficacia horizontal» de la Directiva, sino la «eficacia directa» del derecho que la misma regula y en tanto que el mismo está dotado de cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea; y b) ello se ha producido -que sepa la Sala- únicamente en cuatro ocasiones (SSTJ 22/11/2005, asunto «Mangold»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci»; 13/Septiembre/2011, asunto «Prigge»; y muy reciente 19/04/2016, asunto «Dansk Industri»), y todas ellas referidas al principio general de no discriminación por razón de edad, objeto de la Directiva 2000/98/CE y consagrado por el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [DOCU 2000-C 364/01].

F) Las insuficiencias que la inaplicabilidad «directa» de este tipo de Derecho derivado pudiera comportar para la adecuada operatividad del Derecho UE, y el posible «daño colateral» que ello generaría para los particulares interesados, de alguna manera se suavizan -como observa la doctrina especializada- con dos líneas de actuación:

1º) la eficacia interpretativa de las Directivas, en la aplicación del Derecho nacional, conforme al principio de «interpretación conforme»; y

2º) la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento de la Directiva.

G) Frente a las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad «directa» e «inter privados » de las Directivas, el primer instrumento corrector es el de «interpretación conforme», que se perfila por el TJ diciendo que el órgano jurisdiccional «está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» -actual 288 TFUE (SSTJ 13/11/1990, asunto «Marleasing»; «Pfeiffer», aps. 113 y 114; «Kücükdeveci», ap. 48; y «Dansk Industri», ap. 31). Resumiendo lo antedicho, cuando los

términos de la Directiva que no ha sido transpuesta en plazo o lo ha sido indebidamente, son claros, terminantes e incondicionados, se abren distintas posibilidades: 1º) su aplicación directa en los litigios entre los particulares y la Administración Pública del Estado, eficacia vertical; 2º) tratándose en cambio de un litigio entre particulares, eficacia horizontal, entra en juego el principio de interpretación conforme que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la Directiva; 3º) y de no ser factible una interpretación conforme, no le queda al particular perjudicado otra opción que reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Estado infractor.

A todo ello cabe añadir, respecto de la Directiva que nos ocupa, que en el Caso María Luisa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios. STJUE de 4 octubre 2001. TJCE 2001\260, el TJUE el TJUE se pronuncia sobre el particular y afirma con claridad que "el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de , 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 (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado .

Por tanto, se reconoce la eficacia directa vertical, que no horizontal, de la Directiva 92/85.

En conclusión, en el caso de autos, aún partiendo de que el TJUE declara en respuesta a la 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." ; lo cierto es que el propio TJUE niega la necesidad de una interpretación conforme de la normativa nacional que permita considerar existente una prioridad de permanencia las mujeres embarazadas en caso de despido colectivo, a salvo de lo que puedan acordar en período de consulta la empresa y los representantes de los trabajadores/as.

Ello no obsta a que, constatado el incumplimiento del Reino de España por no trasponer al ordenamiento interno la prohibición preventiva de despedir a mujeres embarazadas, la recurrente goce de la acción de responsabilidad frente al Estado. Por esa razón, la recurrente en este recurso tiene a su disposición la conocida como "Acción Francovich", que fue reconocida por el TJCE en sus SSTJCE de 19 noviembre 1991, Casos Francovich y Bonifaci; Asuntos 6/1990 y 9/1990, en cuya virtud: " Un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional " de la Directiva de que se trate. En este sentido, cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec. p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1805).

En desarrollo de dicha doctrina, nuestro Derecho interno, contempla en el art. 32. 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, el régimen de responsabilidad por incumplimiento de la normativa de la UE., estableciendo que :

"Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

En fin, el art.67 de la Ley 39/2015, indica que la prescripción es de 1 año desde la publicación de la sentencia del TJUE en el DOUE y las condiciones de ejercicio de la acción de responsabilidad se contemplan en el 32-35 Ley 40/2015.

5.2.2- Tutela anti discriminatoria y tutela objetiva de la mujer embarazada Entrando en el fondo del asunto; la protección que en nuestro ordenamiento se dispensa a la trabajadora embarazada puede resumirse como sigue.

-El art.14 de la CE establece que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

El art.55. 5 ET dispone que 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.

El art.55.5b) ET dispone que será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a). Ello es de aplicación salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Este redactado se introduce, precisamente, por el apartado decimocuarto de la DA 11ª de la LO 3/07 de 22 de marzo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que la discriminación por razón de sexo, viene proscrita por los arts. 3 y 8 de la LO 3/07 de 22 de marzo que incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, la primera de ellas derogada por la actualmente vigente Directiva 2006/54. El art.8 LO 3/07 afirma que "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

En el contexto del Derecho comunitario anti discriminatorio, de los arts. 1.1 , 2, apartados 1 y 3 , y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (Sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (TJCE 1991, 74) , asunto «Hertz»), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (Sentencia de la misma fecha recaída en el asunto «Dekker» (TJCE 1991, 73) , y cuyo párrafo 21 declara que la discriminación por embarazo o maternidad es una discriminación directa en la que se excluye la posibilidad de justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida), y la ruptura del contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (Sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1994 (TJCE 1994, 69) , asunto «Habermann-Beltermann»).

Así mismo, tratándose pues de normas propias de derecho comunitario, hay que tener como aplicables los Derechos fundamentales a la igualdad entre hombres y mujeres y a la prohibición de discriminación contemplados en el art.21 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, precepto conforme al art. 51.1 de la CDFUE resulta de aplicación a España, pues al aplicar derecho propio de la UE el Estado Español debe respetar dicho derecho fundamental y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias, pues el derecho fundamental tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art.6 TUE).

En el marco del derecho interno, en relación al despido de mujeres embarazadas, tiene dicho el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina : STC 124/2009, en la STC 92/2008, 17/2003, 229/2002, etc., que:

«nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado.

Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil [LEG 1889, 27]) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que... la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.»

A la luz de todo ello, podemos concluir que se dispensan dos grados de tutela por razón del embarazo:

-Una objetiva y automática que constituye una acción positiva (art.55.5 b) ET y art.11.1 LO 3/07) basada en el embarazo mismo, con independencia de su conocimiento por el empresario (art.55.5b) ET y SSTC 124/09 y 92/08) y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba (Vid. STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 2795/2010 de 19 octubre AS 2010\2667).

En este caso, basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el desistimiento, prueba que de producirse comportará declaración de procedencia o de licitud del desistimiento, en caso contrario, la nulidad será la consecuencia.

-Otra antidiscriminatoria, consagrada en el art.55.5 primer párrafo del ET, art. 8 LO 1/03 y art. 14 CE: que requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que también opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba. En este caso, la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo, mientras que sobre la

demandada recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art.13 LO 3/07).

En este caso, además de la nulidad del despido o cese, la discriminación puede originar una indemnización (arts.181 y 182 LP, en la redacción dada por la DA 13ª de la LO 3/07).

5.2.3.- Tutela en el ámbito de prevención de riesgos de la mujer embarazada y la falta de trasposición del art.10 de la Directiva 92/85.

Ahora bien, existe una tercera tutela por razón de riesgos laborales en el Derecho comunitario, que es la que aquí interesa y que no es ni anti discriminatoria ni objetiva, sino que se trata del de una tutela de la mujer embarazada frente al despido, al que la Directiva 92/85 considera como un riesgo para su salud física y psíquica.

La tutela de la mujer embarazada en el ámbito de prevención de riesgos se da en el artículo 10 de la Directiva 92/85 de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; que establece lo siguiente:

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

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el ap. 1 del art. 8, salvo 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 despidiera a una trabajadora, a que se refiere el art. 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

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

Como se ve, el precepto no sólo impone una protección tras el despido y frente a sus consecuencias (apartado 2 y apartado 3), sino una prohibición de despedir (tutela ex ante), lo que significa que sólo se permite el despido 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.

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

En el mismo sentido el TJUE, en el FJ 46 de la STJUE 22/02/18, sostiene que: " Precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección particular para la mujer, 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 despido (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2010 (TJCE 2010, 339) , Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, apartados 60 y 61)".

Por tanto, el tratamiento que la Directiva 92/85 da al despido de la trabajadora embarazada es el propio de un riesgo para su salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela anti discriminatoria. Así lo hace el TJUE en el Caso Sabine Mayr contra Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG.

Sentencia de 26 febrero 2008. TJCE 2008\36; en que declara inaplicable la Directiva 92/85 a un caso de fecundación in vitro por no existir embarazo antes de la transferencia de los óvulos, pero considera que existe discriminación por razón de sexo al producirse el despido por dicha circunstancia.

Enmarcado pues el art.10 de la Directiva 92/85 en el ámbito preventivo de riesgos laborales, en nuestro ordenamiento interno, no existe una trasposición de la directiva en tal contexto, y a lo sumo podemos acudir a normas genéricas, como el art.15 de la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales, que establece como principios básicos, entre otros, los de evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar y adaptar el trabajo a la persona.

En este marco preventivo resulta clara la falta de trasposición del art.10 de la directiva, pues la Ley 39/99 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar que dice trasponer la Directiva 92/85 en su Exposición de motivos (pfo5), se limita a reformar los arts. 53.4 y 55.5 ET que contemplan la tutela anti discriminatoria frente al despido de la mujer embarazada y la tutela objetiva frente al despido (ambas son tutela ex

post), pero en ningún momento contempla la prohibición de despedir como riesgo para la salud de la embarazada (tutela ex ante), que impone el art.10 de la Directiva 92/85.

En efecto, el TJUE, en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada por esta Sala constata la falta de transposición de la prohibición de despido por embarazo en nuestro ordenamiento; pero la falta de efecto directo horizontal de la Directiva, no hace sino atribuir a la recurrente, si se dan los requisitos para ello, la ya mencionada "acción Francovich", por responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del Derecho de la UE.

En segundo lugar, igualmente tajante se muestra el TJUE cuando sostiene que la Directiva 92/85:

a) no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a) , de la Directiva 98/59/CE de despidos colectivos.

b) 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 mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

5.2.4.- Solución del caso concreto

Partiendo de todo lo expuesto, el motivo de recurso ha de desestimarse, por las siguientes razones:

- En el presente caso se constata la concurrencia de causas objetivas de tipo económico, que justifican el despido colectivo en Bankia, por el que se ve afectado la trabajadora.

- Conforme al TJUE los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores/as por los cuales se efectúan los despidos colectivos, en el sentido del artículo 1, apartado 1 , de la Directiva 98/59 -entre ellos las causas económicas- constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras, a efectos del artículo 10.1 de la Directiva 92/85 y, por tanto, justifican la excepción a la regla general de prohibición del despido de mujeres embarazadas.

-En estos casos, no le es exigible a la empresa una prioridad de permanencia ni una recolocación de la trabajadora; salvo que las mismas resulten de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as.

- Todo ello , sin perjuicio de la acción por responsabilidad que, en su caso, le puede corresponder a la recurrente frente al Estado, por no transponer a nuestro Derecho interno la prohibición de despido de mujeres embarazadas, en el sentido que ha resuelto el TJUE.

5.3.- SUFICIENCIA DE LA CARTA DE DESPIDO

En este segundo punto de controversia, hay que determinar si la carta de despido, en el caso concreto, es suficiente o adolece de la información necesaria sobre los criterios de selección de la afectada por el despido, y por tanto le ha generado efectiva indefensión.

5.3.1.- Marco normativo

El art.51.4 ET dispone que una vez alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión del despido colectivo a los representantes de los trabajadores/as, el empresario/a podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores/as afectados, lo que deberá realizar conforme al art.53.1 ET.

El art.53.1 ET establece que el acuerdo de extinguir el contrato por causas objetivas ha de observar el requisito, entre otros de "comunicación escrita al trabajador/a expresando la causa".

5.3.2.- Doctrina del TS sobre la suficiencia de la carta de despido individual en el marco de un despido colectivo

En el contexto de los despidos colectivos, la doctrina del TS tras la Ley 3/2012, sobre la suficiencia de la carta de despido, puede sintetizarse a partir, precisamente, de los despidos acontecidos en Bankia, impugnante en este recurso, en la forma que sigue (Vid. STS/4ª/Pleno de 15 marzo 2016 -rcud. 2507/2014 -, STS/4ª de 8 marzo 2016 -rcud. 3788/2014 -, 15, 20 y 27 respectivamente-, 21 junio 2016 -rcud. 138/2015- y 14 julio 2016 -rcud. 374/2015-. STS 21-12-2016 (Rcud. 3508/2015), 21-12-2016, (Rcud 3181/2015) y 28/02/2017 (Rcud. 760/2015) STS de 21 de diciembre de 2016 (R .C. U. D 3508/2015) SSTS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) y 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), así como en las de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014), y más recientemente STS 08 febrero 2018 (Rec 3220/2015):

a).- La comunicación individual al trabajador afectado tiene por obligada indicación - exclusivamente- la expresión de la concreta «causa motivadora» del despido [económica, técnica o productiva], en términos compatibles con el derecho de defensa del interesado a los que más arriba nos hemos referido [precedente apartado «1.a)» de este mismo FJ], proporcionando -como indicamos- detalles que permitan al trabajador tener un conocimiento claro e inequívoco de los hechos generadores de su despido; y ello -además- en el marco de una posible contextualización de las previas negociaciones colectivas, que puedan proporcionar el acceso a elementos fácticos que complementen los términos de la comunicación escrita [vid. apartado 1.b) de este mismo FJ]. Y

b).- 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; demanda que bien pudiera ser preparada o precedida de aquellas medidas - diligencias preliminares; actos preparatorios; solicitud de aportación de documental que autoriza la Ley y que permiten al trabajador la adecuada defensa de sus derechos e interés legítimos [nos remitimos a los ya citados arts. 76 y 77 LRJS ; y art. 256 LECiv]."

En esta doctrina del TS relativa a los despidos colectivos, se excluye del alcance del contenido de la comunicación individual de despido, los concretos criterios de selección de los o las afectadas, por las siguientes razones:

"... parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones:

a).- En plano de estricta legalidad, porque tal requisito está ausente en el art. 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 54.1, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal; y porque -en igual línea normativa- el art. 122.1 LRJS dispone que se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario «acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita», y tal referencia textual -en cursiva- invita a sostener que para el legislador la «causa legal» es el único dato que ha de constar en la comunicación extintiva.

b).- Atendiendo a consideraciones finalísticas, porque resultaría formalismo innecesario -y en todo caso enervante- exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores aquellos datos que no sólo es razonable suponer que se han conocido materialmente por ellos en el curso de las negociaciones, en tanto que la decisión extintiva de la empresa se ha adoptado con activa intervención e incluso acuerdo de la representación - legal o sindical- de los trabajadores, que obligadamente han de informarles de las gestiones y sus resultados [art. 64.7.e)ET], sino que en todo caso el general conocimiento de tales datos por los sujetos representados bien pudiera entenderse como consecuencia directa del significado que tiene por sí misma la figura del mandato legal representativo [art. 1259 CC (LEG 1889, 27)], pues sin perjuicio de la singularidad que ofrece el mandato propio de la RLT [gestiona intereses, más que voluntades], de todas formas no parece dudoso que su válida actuación «alieno nomine» y la eficacia jurídica de sus actos respecto del «dominus negotii» -personal representado- se extiende al íntegro objeto material que fije la norma de la que trae causa [aquí, el art. 51ET], salvo que la propia disposición legal imponga -éste no es el caso- otra cosa o la intervención personal de los trabajadores afectados.

Y

c).- Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar -de manera expresa y pormenorizada- los prolijos criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten -como es el caso- a grandes empresas y numerosos afectados, dándole así a la indicada carta de despido una extensión tan desmesurada como -por lo dicho- innecesaria."

5.3.3.- Contraste de la Doctrina del TS y la doctrina del TJUE sobre la suficiencia de la carta de despido individual de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, en el marco de un despido colectivo.

El TJUE resulta claro al responder a la cuestión plantada por esta Sala que

"2) 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."

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 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.

5.3.4.- Solución del caso concreto.

Conforme a la doctrina del TJUE en el caso concreto, a diferencia de lo que viene sosteniendo el TS, además de la causa motivadora del despido -en este caso económica-, era exigible indicar en la carta de despido:

"los criterios objetivos que se han seguido para la designación de la trabajadora afectada por el despido".

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

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

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

Por tanto, en el caso de autos, la carta cumple con la exigencia dimanada de la doctrina del TJUE de señalar la causa (extremo que no se discute), y además, contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas.

Por todo lo expuesto, este segundo motivo de recurso ha de resultar igualmente desestimado.

Sexto.

En relación a las costas, dado que el recurrente ha visto desestimadas todas sus pretensiones y goza del beneficio de justicia gratuita, conforme al art.235. LRJS y 2.1d) Ley 1/96, no procede la imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D^a LUISA, frente a la sentencia nº 43/2015, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Mataró en los autos 96/2014, en fecha 25/02/2015, que confirmamos en su totalidad.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº

0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA.

Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.