

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social de Valladolid**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2018**

Nº de Recurso: **713/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación (RSU)**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Sala de lo Social de Valladolid

Sentencia

Fecha de sentencia: 28/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO DE SUPPLICACIÓN

Número del procedimiento: 713/2018

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael A. López Parada

Procedencia: Juzgado de lo Social nº 1 de León

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo, Presidente

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada

En Valladolid, a 28 de mayo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 713 de 2.018, interpuesto por D^a CONSTANCIA contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de León en el Procedimiento Despido Objetivo Individual nº 549/2017 de fecha 9 de Febrero de 2018, en demanda promovida por D^a CONSTANCIA contra la empresa BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA y SORIA, S.A., habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO OBJETIVO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de Junio de 2017, se presentó en el Juzgado de lo Social de León Número 1, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: “PRIMERO.- La demandante, D^a Constancia, ha venido prestando servicios laborales para la empresa demandada, Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A., encuadrada en el sector cajas y entidades financieras de ahorro, con la categoría profesional grupo 1, nivel 11, con antigüedad reconocida en nómina de 26 de diciembre de 2004, en los Servicios Centrales, sede León, en concreto en el departamento de gestión administrativa de inmuebles, sujeción al Convenio Colectivo estatal aplicable a dicho sector y percibiendo un salario, incluida la prorrata de pagas extraordinarias, de 2.411,78 euros brutos mensuales, que equivale a 79,29 euros brutos diarios (nómina de abril 2017, último mes totalmente trabajado antes del despido).

SEGUNDO.- A) Los contratos de trabajo suscritos entre la trabajadora y la empresa –o su antecesora-, han sido los siguientes:

- Del 05/11/2001 al 04/06/2004, en virtud de contrato temporal de puesta a disposición para obra o servicio determinado a tiempo completo suscrito con “Cenpla RR.HH. E.T.T. S.A.” (empresa extinguida en mayo de 2015), con la categoría profesional de “auxiliar C” y el siguiente objeto: “realización de tareas administrativas originadas por el desarrollo del proyecto sectorial de control global del riesgo”.

- Del 07/06/2004 al 03/09/2004, en virtud de contrato de interinidad de puesta a disposición a tiempo completo suscrito con “Cenpla RR.HH. E.T.T. S.A.”, con la categoría profesional de “auxiliar C” y el siguiente objeto: “cubrir temporalmente un puesto de auxiliar C mientras dure el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”.

- Del 06/09/2004 al 22/12/2004, en virtud de contrato temporal de puesta a disposición para obra o servicio determinado a tiempo completo suscrito con “Cenpla RR.HH. E.T.T. S.A.”, con la categoría profesional de “auxiliar C” y el siguiente objeto: “realización de tareas administrativas originadas por las actualizaciones de las bases de datos del departamento y los cambios del sistema de archivo”.

- Del 26/12/2004 al 30/05/2017, en virtud de contrato de relevo a tiempo completo suscrito con “Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad” (antecesora de “Banco CEISS”), transformado en indefinido el 01/12/2005.

B) Las funciones desarrolladas en virtud del primero de los contratos reseñados fueron las permanentes y ordinarias del departamento de seguimiento del riesgo y no estuvieron limitadas en modo alguno a ningún proyecto concreto. A partir del 7 de junio de 2004, y sin que existiera realmente puesto vacante alguno que cubrir temporalmente, pasó a prestar servicios de apoyo a la secretaria del recién nombrado director general adjunto, cuyo puesto –el cual no estuvo vacante en ningún momento- pasó a ocupar a partir de enero de 2005, cuando cesó por jubilación dicha secretaria. Permaneció en dicho puesto hasta el 20 de mayo de 2008, fecha de inicio de período de suspensión por maternidad. A partir del mes de octubre de 2008, con ocasión de la finalización de su reincorporación, fue asignada al departamento de recursos humanos, en el que permaneció hasta su paso al departamento de gestión administrativa de inmuebles en 2012, en el cual prestó sus servicios como técnico hasta su despido.

TERCERO.- Con fecha 10 de mayo de 2017, mediante carta de fecha 10 de mayo de 2017, la empresa demandada notificó a la actora la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas -al amparo de la decisión adoptada en sede del ERE que término con acuerdo de fecha 20 de mayo de 2016-, con efectos desde el 30 de mayo de 2017, fijándose una indemnización por despido objeto de 35.955,00 euros que fue abonada a la actora; en dicha carta, se lee lo siguiente (descriptor 2): “...Por medio de la presente se le comunica la extinción de su contrato de trabajo, con efecto del día 30/05/2017, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51, en relación con el artículo 53.1, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores como consecuencia del Expediente de Despido Colectivo, Modificación de condiciones, Movilidad Geográfica, e inaplicación de convenio por causas económicas y organizativas, promovido por BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A. en fecha 20 de abril de 2016 ante la Dirección General de Empleo, con el núm. 41/2016, y concluido CON ACUERDO con la representación legal de los trabajadores en fecha 20 de mayo de 2016. De conformidad con los criterios de selección establecidos en el Apartado III del Acuerdo 20 de mayo de 2016, se encuentra Vd. afectado por el proceso de reestructuración, razón por la que habiéndole ofertado recolocación en empresas del Grupo, como medida alternativa al despido, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo V del citado Acuerdo, y habiendo rechazado la misma, resulta necesario proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del próximo día 30/05/2017. La existencia de las causas que han dado lugar a la tramitación del Expediente, y que motivan la extinción de su contrato de trabajo, son de naturaleza económica y organizativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, han quedado debidamente justificadas y acreditadas durante el preceptivo proceso de negociación y consultas con la representación legal de los trabajadores, como se contiene y evidencia en la documentación perceptiva y adicional obrante en el expediente, entre ellas la Memoria justificativa de las causas y el Informe Técnico, que se ponen a su disposición en este acto, y como se recoge en el Acuerdo alcanzado. No obstante lo anterior, procedemos a exponerle las indicadas causas económicas y organizativas motivadoras del Expediente que se concretan a continuación: La evolución financiera de Banco CEISS ha sido negativa. El resultado del ejercicio 2015

ha sido negativo (pérdidas) por importe de 10,7 millones de euros, siendo este el cuarto año consecutivo que la Entidad obtiene pérdidas.

o Los ingresos (margen de interés) de todos los trimestres de 2015 han sido inferiores a los ingresos obtenidos en los mismos trimestres de 2014, lo cual pone de manifiesto una caída persistente del nivel de ingresos de Banco CEISS.

o El resultado antes de impuestos de la Entidad ha sido negativo (pérdidas) por importe de 51,4 millones de euros.

o La Entidad presenta en 2015 un resultado de explotación negativo (pérdidas) por importe de 15,9 millones de euros. Este resultado es síntoma de que el margen bruto no es capaz de absorber los gastos necesarios para el desarrollo de la actividad y las provisiones y pérdidas por deterioros de activos financieros.

o La evolución de las magnitudes de balance han sido negativas.

o Los ratios de rentabilidad y eficiencia son peores que la media del sector bancario español.

La integración de Banco CEISS en Unicaja, supone una oportunidad para la optimización de actividades, que debe redundar en un aprovechamiento de las economías de escala que permita reducir costes y mejorar la eficiencia, mejora que resulta imprescindible para tratar de asegurar la viabilidad de la Entidad en el medio y largo plazo, en un mercado cada vez más competitivo y en un entorno de márgenes bajos.

Con el nuevo modelo de negocio acorde al contexto de integración operativa e informática en el que se encuentra la Entidad junto con su matriz, si bien Banco CEISS seguirá siendo una entidad independiente dentro del Grupo Unicaja, con su propia estructura organizativa, y su plataforma informática, los sistemas informáticos, operativa, y procedimientos de Banco CEISS serán similares a los de Unicaja Banco y todo el soporte posible a su operativa lo recibirá desde Unicaja Banco, a excepción de aquellas funciones que por motivos regulatorios, legales o de control, no puedan centralizarse. Esta nueva situación produce que determinadas funciones que se venían desarrollando en Banco CEISS dejen de tener contenido o desaparezcan ya que las mismas se encuentran solapadas con funciones que se desarrollan en la matriz. En este contexto, la Entidad se ve obligada a acometer un proceso de reestructuración operativa, el cual permitirá a la Entidad por un lado asegurar la viabilidad a largo plazo y por otro volver a una senda de rentabilidad, mejorando la eficiencia de la misma y situándola así en una mejor posición competitiva dentro del sector bancario español.

o Todo ello significa la necesidad de Banco CEISS de reducir su estructura para lograr un ratio de eficiencia acorde con el sector, que le permita por un lado mejorar su competitividad y por el otro alcanzar la senda de la rentabilidad sostenible.

o Reestructuración operativa de su negocio, que implicaría una disminución de los costes de la Entidad, a través de la reducción de plantilla y de las políticas de ahorro de costes y optimización de sinergias de tal manera que permitiera mejorar el ratio de eficiencia, acercándolo a la media del sector.

Por tanto, las causas expuestas concurren dada la situación de la compañía analizada y desarrollada en la Memoria y también en el Informe Técnico elaborado por Consultor Externo, que hacen evidente la necesidad de adoptar la medida de extinción de contratos de trabajo, lo que permitirá devolver a la Entidad a una senda de rentabilidad, mejorando la eficiencia de la misma y situándola así en una mejor posición competitiva dentro del sector bancario español.

Por todo lo expuesto y consecuentemente, ante la existencia de las indicadas causas económicas y organizativas descritas y recogidas en el acuerdo de 20 de mayo de 2016, conforme a las medidas de reestructuración establecidas en el mismo, y habiendo Vd. manifestado su rechazo a la oferta de recolocación que se configura en el citado Acuerdo como alternativa al despido, se encuentra afectado por la medida de extinción del contrato de trabajo, con el efecto, ya indicado al comienzo de este escrito, del día 30/05/2017. A tal efecto, tal como exige el artículo 53.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aplicable por remisión del artículo 51.4 del mismo texto legal, se pone a su disposición la indemnización establecida en el Apartado Segundo, del Capítulo III del mencionado Acuerdo de 20 de mayo de 2016 por importe de 35.955,00 € con arreglo al módulo indemnizatorio regulado en el mismo para las extinciones forzosas, mediante ingreso en su cuenta corriente del importe (35.955,00 €), una vez deducida la retención por IRPF correspondiente al exceso sobre la indemnización legal. Este ingreso se acredita mediante resguardo que se acompaña a la presente carta y se declara recibido. De la presente comunicación se da copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. Por último, le informamos que la Empresa ha suscrito a favor de los trabajadores afectados un plan de recolocación externa con la empresa

LEE HECHT HARRISON. Dicho plan tiene por objetivo su reinserción en el mercado laboral, para la cual contiene una serie de medidas como son, entre otras, la intermediación en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo, la orientación profesional, la formación profesional o la atención personalizada para un adecuado asesoramiento....” CUARTO.- El departamento en que trabajaba la hoy actora (Servicios Centrales de Caja España), desapareció coetáneamente a los efectos del despido objeto de autos.

QUINTO.- A la trabajadora le fue ofrecida la posibilidad de reubicarla en otro puesto de trabajo (doc. 2 del ramo de prueba de la demandada) y la rechazo; nueve (9) empleados del departamento en que prestaba servicio la actora –que desapareció con la efectividad del ERE-, sí que aceptación la oferta de recolocación y están prestando servicios en el departamento de administración de inmuebles de Unicaja Banco (doc. 7 del ramo de prueba de la demandada). SEXTO.- La actora está afiliada al sindicato CSICA (federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros), en cuya lista fue candidata en las últimas elecciones sindicales celebradas para la elección de miembros del Comité de Empresa de Servicios Centrales, sin que resultase elegida, ni haya ejercido en el año anterior al despido funciones de representación de los trabajadores, ni funciones sindicales. SÉPTIMO.- D^a Constancia permaneció en situación de riesgo durante el embarazo desde el 24 de febrero de 2017 y, una vez malogrado el mismo, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 19 de marzo de 2017 y hasta el 29 de mayo de 2017. OCTAVO.- El día 26 de junio de 2017 se celebró ante la Oficina Territorial de Trabajo de León, integrada en la estructura administrativa de la Junta de Castilla y León, el preceptivo acto de conciliación, en virtud de papeleta presentada por el actor, el día 9 de junio de 2017, celebrado con el resultado de sin avenencia.”

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por D^a CONSTANCIA fue impugnado por BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA y SORIA, S.A. y el MINISTERIO FISCAL. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de recurso se ampara en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y pretende modificar el ordinal quinto de los hechos probados. El texto original del mismo es el siguiente:

“A la trabajadora le fue ofrecida la posibilidad de reubicarla en otro puesto de trabajo (doc. 2 del ramo de prueba de la demandada) y la rechazo; nueve (9) empleados del departamento en que prestaba servicio la actora –que desapareció con la efectividad del ERE-, sí que aceptación la oferta de recolocación y están prestando servicios en el departamento de administración de inmuebles de Unicaja Banco (doc. 7 del ramo de prueba de la demandada)”

La redacción que se pretende dar es la siguiente:

“A la trabajadora le fue ofrecida el 7 de marzo de 2017 la posibilidad de reubicarla en otro puesto de trabajo de una empresa del Grupo Unicaja (Unicaja Banco) en la ciudad de Málaga (doc. 2 del ramo de prueba de la demandada), mediante una suspensión pactada de su contrato con Banco CEISS y un nuevo contrato con aquella entidad, y la rechazó; nueve (9) empleados del departamento en que prestaba servicio la actora – que desapareció con la efectividad del ERE- sí que aceptaron la oferta de recolocación y están prestando servicios en el departamento de administración de inmuebles de Unicaja Banco (doc. 7 del ramo de prueba de la demandada). Quince (15) compañeros del departamento de la actora fueron recolocados en otros puestos del propio Banco CEISS, de los cuales cinco (5) mediante un traslado-movilidad geográfica. Sólo tres (3) trabajadoras integrantes del departamento (incluida la actora) han sido despedidas.”

Se cita en primer lugar el documento que se dice número dos del ramo de prueba de la demandada, descriptor 44 de los autos. Lo cierto es que el número de descriptor es referencia inútil para la Sala, desde el momento en que el sistema informático del Ministerio de Justicia numera el expediente electrónico de

forma distinta cada vez que se descarga el mismo, por lo que dicho número ha cambiado desde el momento en que la parte descarga el expediente para formalizar el recurso hasta que la Sala examina el mismo. El documento invocado se halla dentro de un único archivo PDF de 241 páginas denominado “PRUEBA DOCUMENTAL DE LAS PARTES” donde está escaneada toda la prueba documental presentada en el acto del juicio. El recurrente no señala cuál sea la página del documento invocado, sino simplemente que es el número dos de la demandada (misma referencia contenida en la sentencia de instancia). Con dicha referencia piensa la Sala que se está haciendo mención al documento denominado por la parte demandada “Oferta de recolocación en empresa del Grupo Unicaja, en concreto en Unicaja Banco, de conformidad con el Capítulo V, Apartado Tercero del acuerdo de despido colectivo de 20 de mayo de 2016”. Se trata de una única página del PDF, en concreto la 108. Como se trata de prueba de la parte contraria y además admitida expresamente por la sentencia recurrida como fundamento de su declaración de probanza, su completo contenido es válido para revisar los hechos probados en suplicación. Efectivamente se comprueba a partir del documento, firmado el 7 de marzo de 2017 por el representante de la empresa y por la actora, que se le indica a ésta que en aplicación del acuerdo alcanzado el 20 de mayo de 2016 en el periodo de consultas del despido colectivo “se le ofrece, como alternativa a la extinción de su contrato de trabajo, antes de proceder a comunicarle la misma por aplicación de los criterios de selección establecidos en el indicado Acuerdo, la recolocación directa y sin solución de continuidad en la empresa del Grupo Unicaja en las siguientes condiciones: Entidad UNICAJA BANCO, Centro de trabajo: 1903 Málaga, Edificio Eurocom”, añadiendo que “la incorporación efectiva al Grupo Unicaja supondrá la suspensión del contrato de trabajo que mantiene con el Banco, celebrándose un nuevo contrato con dicha entidad, así como un acuerdo de suspensión con Banco CEISS”. Después de hacer referencia a la compensación por movilidad geográfica, aparecen dos casillas, una de aceptación de la oferta y otra de NO aceptación, apareciendo marcada una cruz en la casilla de NO aceptación de la oferta de recolocación.

El segundo inciso de este ordinal no pretende ser reformado, por lo que queda con su redacción actual:

“Nueve (9) empleados del departamento en que prestaba servicio la actora –que desapareció con la efectividad del ERE- sí que aceptaron la oferta de recolocación y están prestando servicios en el departamento de administración de inmuebles de Unicaja Banco”.

Falta por tanto la última parte que se pretende añadir:

“Quince (15) compañeros del departamento de la actora fueron recolocados en otros puestos del propio Banco CEISS, de los cuales cinco (5) mediante un traslado-movilidad geográfica. Sólo tres (3) trabajadoras integrantes del departamento (incluida la actora) han sido despedidas”.

Se invoca para ello el documento número 6 del ramo de prueba de la parte demandada, descriptor 44 de los autos, que esta Sala identifica con el mismo archivo PDF, en este caso con el denominado “certificado que relaciona a los trabajadores que prestaban sus servicios en el suprimido departamento de Gestión Administrativa de Inmuebles con indicación de la medida a la que se acogió cada uno de ellos al amparo del acuerdo de despido colectivo”, que figura en las páginas 118 y 119 del PDF. Se trata de un “certificado”, que obra dentro del ramo de prueba de la empresa (que se inicia a partir de la página 92 del PDF) como documento 6, firmado por una técnica de recursos humanos del Banco demandado el 1 de diciembre de 2017, en el que se dice que conforme a los datos obrantes en el Departamento de Recursos Humanos se adjunta la relación de trabajadores que prestaban sus servicios en el departamento de Gestión Administrativa de Inmuebles con indicación de la medida a la que se acogieron, la fecha de baja, así como la categoría profesional y fecha de antigüedad en la unidad. En la citada relación aparece un total de 39 trabajadores, entre ellas la actora (número 21), bajo el epígrafe de “LISTADO TRABAJADORES ADSCRITOS A GAI”. Los 39 trabajadores tienen la categoría de Gest. Administrativa de Inmuebles. Aparece la causa del cambio, resultando que estas causas son:

Fallecimiento: un trabajador

Baja ERE voluntaria: diez trabajadores

Pase BCEISS a UNICAJA: nueve trabajadores

Despido objetivo: un trabajador
Baja ERE/Rechazo UNICAJA: la actora y otras dos trabajadoras
Desplazamiento: ocho trabajadores
Nombramiento: dos trabajadores
Traslado movilidad geográfica: cinco trabajadores

Esto es, finalmente 24 trabajadores causan baja en la empresa y 15 trabajadores permanecen en ella, dos mediante nombramiento, cinco mediante traslado con movilidad geográfica y ocho trasladados de departamento pero sin movilidad geográfica.

El documento invocado no sería apto en principio para la revisión pretendida. Ha de distinguirse entre la prueba documental en sentido estricto de otro tipo de pruebas, como puede ser la testifical, que se documente por escrito en lugar de ser practicada en el acto del juicio oral. En todo caso tienen la consideración de prueba documental aquellos soportes escritos o basados en otro tipo de técnicas en los que se plasme una declaración de voluntad de la que puedan emanar obligaciones, si bien su valor probatorio se reduce a la existencia y contenido de dicha declaración de voluntad. Respecto a aquellos otros soportes en los que se venga a documentar una declaración de conocimiento, tienen carácter de prueba documental los emitidos por persona autorizada para dar fe o por un funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, independientemente del valor jurídico probatorio otorgado por el ordenamiento a dicha declaración de conocimiento. En ese sentido los documentos públicos del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y salvo que se hayan declarado falsos judicialmente, con las consecuencias que ello tiene en el orden penal) hacen “prueba plena”, conforme a su artículo 319.1, “del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”, mientras que los documentos administrativos a los que se refiere el artículo 46.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, que solamente son los expedidos válidamente por un órgano de las Administraciones Públicas, tienen, conforme al artículo 319.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una presunción iuris tantum de veracidad en relación con esos mismos extremos. Por tanto los documentos en los que se expresen declaraciones de conocimiento emitidas por personas privadas o por funcionarios públicos fuera del ámbito de sus competencias y funciones como tales, no constituyen realmente prueba documental de determinados hechos, sino una mera plasmación por escrito de un testimonio, de forma que tienen el valor de prueba testifical y ello aunque se presenten bajo la denominación de “certificados”, “actas” u otras análogas. En el ámbito del recurso de suplicación la consecuencia es que tales pruebas testificales plasmadas por escrito no pueden fundar una revisión de hechos probados al amparo de la letra b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Sin embargo en este caso hay que tener en cuenta que en el escrito de impugnación se admite este documento, que no deja de ser aportado por la propia empresa, por lo que los hechos que resultan del mismo pueden tenerse por conformes. En ese sentido dice por la empresa impugnante que, además de los nueve trabajadores recolocados en Unicaja Banco causaron baja en la empresa trece trabajadores (diez por adhesión a la baja indemnizada y tres por rechazo de medidas alternativas, entre ellas la trabajadora) y otros trece trabajadores han sido objeto de medidas de movilidad geográfica (en unos casos traslados a más de 50 kilómetros y en otros casos “desplazamientos” a una distancia menor) dentro de la misma empresa Banco CEISS. Por tanto se puede tener por acreditado el contenido del indicado documento, resultando del mismo que quince de los treinta y nueve trabajadores ocupados en el mismo centro y departamento de la actora y con su misma categoría no han visto extinguido su contrato, sino que han sido recolocados, dos por nombramiento, cinco por traslado con movilidad geográfica a más de 50 kilómetros y ocho en otros puestos de trabajo de la empresa a menos de 50 kilómetros del centro de trabajo cerrado por la reestructuración.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración del artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 124.12.a.3ª y 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Social. Sostiene la recurrente que se encontraba embarazada y en situación de riesgo para el embarazo cuando se le notificó la oferta de traslado a Málaga y posteriormente, en el momento de serle notificado el despido, se encontraba en situación de incapacidad

temporal tras la pérdida del feto (baja médica entre el 19 de marzo y el 29 de mayo de 2017), como así resulta de los hechos probados. Señala igualmente que hubo toda una serie de trabajadores que permanecieron al servicio de la empresa Banco CEISS sin ser despedidos ni serles ofertados su cambio de empresa a Unicaja Banco y que tampoco fueron trasladados. Por ello sostiene que se debe aplicar la inversión de la carga de la prueba al amparo del artículo 96.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, de manera que sea la empresa la que acredite que la selección de la trabajadora para el despido colectivo practicado nada tuvo que ver con su situación de embarazo. Y añade que en la carta de despido no se señalan cuáles son los criterios de selección para que fuese ofertada a la trabajadora la contratación con Unicaja Banco trasladada a Málaga, con suspensión de su contrato con Banco CEISS, dejando como única opción el despido en caso de rechazo, como así sucedió. Y que tales criterios de selección no han sido alegados ni probados con posterioridad, por lo cual no se habría superado la carga de la prueba empresarial de que para su selección ha sido irrelevante la situación de embarazo. Y apoya su argumentación con la cita del artículo 10 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, así como de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16, de cuyos fundamentos cita los párrafos 53 y 54: “De este modo, el empresario debe exponer por escrito a la trabajadora embarazada que pretende despedir o que ya ha despedido los motivos, no inherentes a la persona de la trabajadora, por los que efectúa un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59. Estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa. Además, corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. Alega que en este caso la empresa no ha indicado a la trabajadora los criterios objetivos que se han seguido para su designación como trabajadora despedida. Cita en relación con lo anterior el artículo 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que entiende vulnerado en este caso. Por todo lo cual sostiene que su despido debió ser declarado nulo.

Frente a ello el escrito de impugnación de la empresa plantea en primer lugar que se trata de una alegación nueva en suplicación, que no fue planteada en la instancia, por lo que no podría dar lugar a una sentencia estimatoria en suplicación. En segundo lugar señala que no puede constituir un panorama indiciario de discriminación el que se hayan aplicado diferentes medidas a distintos empleados del mismo departamento. En cuanto a la situación de incapacidad temporal se remite a lo explicitado en la sentencia de instancia, según la cual la situación de embarazo, con suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, finaliza el 18 de marzo de 2017, de manera que desde el día 19 de marzo y hasta el 29 de mayo, tras la pérdida del feto, la trabajadora ya no estaba embarazada, sino en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes. Por lo demás señala que en este caso el departamento donde prestaba servicios la trabajadora desapareció como consecuencia de la reestructuración empresarial, que no se cuestionan las causas de dicha reestructuración y de las medidas laborales adoptada como consecuencia (incluida la de despido colectivo) y que la empresa no tiene la obligación de recolocar a la trabajadora en otro puesto.

Aunque en el escrito de impugnación se hacen alegaciones también en relación con la inexistencia de discriminación por causa de afiliación sindical, lo cierto es que esa cuestión no se plantea en el recurso de suplicación. En ese sentido también cabe indicar que tampoco se cuestiona en el recurso de suplicación que concurriesen las causas justificativas de la reestructuración empresarial, incluido el despido colectivo, lo que queda fuera del objeto del recurso que ha de resolver la Sala. El planteamiento del recurso se fundamenta exclusivamente en la discriminación por razón del embarazo y la necesidad de justificar por razón del mismo que los criterios de selección aplicados para determinar que la trabajadora sería despedida eran ajenos a su situación de embarazo. A tal materia hemos de ceñir nuestro pronunciamiento.

TERCERO.- Por tanto lo primero que hemos de decidir es si se trata de una cuestión nueva que se plantee por primera vez en suplicación, como alega el escrito de impugnación presentado por la empresa demandada. El artículo 80.1 del Estatuto de los Trabajadores exige que en las demandas se incluya “la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según

la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas”, además de “la súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada”. No se exige por tanto una fundamentación jurídica de la pretensión, sino que la causa de pedir viene determinada por la fundamentación fáctica que se incluya en la demanda. En este caso en la demanda se incluye como hecho octavo el siguiente: “La que suscribe ha permanecido en situación de riesgo durante el embarazo desde el 24 de febrero de 2017 y, una vez malogrado el mismo, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 19 de marzo siguiente hasta el 29 de mayo del mismo año”. Después en los fundamentos de Derecho alega que se produce una “insuficiencia de la comunicación extintiva en cuanto a la aplicación a mi caso concreto de los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo pactados en el acuerdo finalizador de su período de consultas” y se dice que “hubiera debido detallarse adecuadamente en mi carta de despido cuál o cuáles de los anteriores criterios conducía a mi selección como afectada y por qué se cumplían en mi caso los requisitos establecidos para la aplicación de tal criterio o criterios”. Se incluye después otro fundamento jurídico en el que se afirma que “dada la inexistencia de criterio objetivo alguno para mi afectación por las extinciones forzosas y a la vista del contenido de los hechos 7º y 8º de esta demanda, que acreditaré en el acto de juicio y que entraña indicios razonables de discriminación y vulneración de mis derechos fundamentales a la igualdad de trato y a la libertad sindical (arts. 14 y 28.1 de la Constitución)”. Por tanto se invoca expresamente la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato por el motivo consignado en el hecho octavo de la demanda (el riesgo para el embarazo y la posterior incapacidad temporal). Y por todo ello (y demás hechos y fundamentos alegados, que ahora no vienen al caso) en el suplico de la demanda se pide la declaración de nulidad, o subsidiariamente improcedencia, del despido.

Por consiguiente en la demanda rectora de los autos de la instancia ya se planteaban, entre otras, las cuestiones que ahora se suscitan en el recurso de suplicación, que por tanto no son novedosas. Este debate se trasladó al litigio de instancia y la sentencia ahora recurrida recoge en su hecho probado séptimo que la trabajadora “permaneció en situación de riesgo durante el embarazo desde el 24 de febrero de 2017 y, una vez malogrado el mismo, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 19 de marzo de 2017 y hasta el 29 de mayo de 2017”, tal y como se afirmaba en el hecho octavo de la demanda. Después en los fundamentos de Derecho trata la materia al decir que “no se ha acreditado motivo alguno de vulneración de derechos fundamentales, en concreto, no existe vulneración del principio de igualdad, entre otras razones, por cuanto no se ha aportado término de comparación válido –conforme exige la jurisprudencia del TC-, y tampoco se ha visto afectado el derecho de libertad sindical, pues la actora, si bien en su día se presentó a las elecciones sindicales, no resultó elegida, ni ha ejercido efectivamente funciones sindicales ni de representación de los trabajadores durante el año anterior al despido. Tampoco se acredita discriminación alguna en la elección efectuada por la empresa de los concretos trabajadores afectados por el ERE. Finalmente, en cuanto a al hecho de que “...Dª Constancia permaneció en situación de riesgo durante el embarazo desde el 24 de febrero de 2017 y, una vez malogrado el mismo, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 19 de marzo de 2017 y hasta el 29 de mayo de 2017...”, del mismo no puede anudarse nulidad alguna, dado que el despido se produjo una vez cesada la situación de riesgo durante el embarazo, incluso una vez de alta la actora, tras la posterior baja por contingencias comunes”. En cuanto a la falta de expresión en la carta de despido de los criterios de selección aplicados para incluir a la trabajadora demandante entre los despedidos se dice literalmente que tal causa de ilicitud del despido se desestima “teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS, emitida tras el caso Bankia que ha venido a establecer que no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones ni la constancia de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado, por no ser un requisito legal y porque la existencia de negociaciones previas y el mandato legal representativo de los trabajadores hacen suponer su conocimiento (STS [Sala 4ª] de 12 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4049] y las que en ella se citan)”.

Por tanto la materia que se plantea ahora en el recurso de suplicación es tratada en el litigio de instancia y sobre la misma se hace un pronunciamiento de sentido desestimatorio en la sentencia recurrida.

No existe por tanto novedad alguna en fase de recurso que impida entrar en el conocimiento de lo ahora planteado. Observa la Sala que la única novedad real es que con posterioridad a haberse celebrado la vista del juicio de instancia y a haberse dictado la sentencia del Juzgado (el 9 de febrero de 2018), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la sentencia de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16, sentencia que tiene por objeto interpretar el artículo 10 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, norma desde luego muy anterior a los hechos litigiosos y aplicable por tanto a los mismos. El que la jurisprudencia sea posterior no impide desde luego su cita y aplicación en fase de recurso, porque las sentencias judiciales y la doctrina que emana de las mismas no tienen como función crear el Derecho, sino interpretarlo y por tanto pueden ser invocadas aún cuando sean posteriores a la sentencia recurrida. Es cierto que la aparición de nueva jurisprudencia puede modificar el criterio aplicado e incluso que el criterio del Magistrado de instancia pudiera haber sido otro en el caso de haberla conocido, pero ello solamente es consecuencia de la actualización de la doctrina judicial interpretativa del Derecho vigente, sin que ese Derecho haya cambiado ni tampoco se trate de valorar hechos nuevos.

CUARTO.- Para comenzar hemos de sistematizar el marco jurídico resultante de la sentencia de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16 en su aplicación a los despidos colectivos, tomando como referencia tanto el Derecho vigente como la doctrina judicial que interpreta el mismo. Y lo primero que debemos destacar es que desde el punto de vista del Derecho de la Unión vienen a confluír en un caso como el presente tres normativas de ámbitos materiales diferentes:

a) 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, cuya base jurídica se encuentra hoy en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite al Parlamento Europeo y al Consejo adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente en todos los Estados de la Unión entre otras, en la materia de la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral.

b) 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, que es la décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, cuya base jurídica se encuentra hoy en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite al Parlamento Europeo y al Consejo adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente en todos los Estados de la Unión entre otras, en la materia de mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.

c) El artículo 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que como parte del derecho fundamental a la vida personal y familiar establece que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”, así como el artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que dice que a efectos de la misma, “el concepto de discriminación incluirá... el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”.

Analizaremos estas tres materias separadamente para posteriormente analizar la confluencia de todas ellas en el caso de los despidos colectivos y finalmente aplicar las conclusiones al supuesto que nos ocupa.

QUINTO.- 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 establece en su artículo 2 que “cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo”. Esta prescripción se traslada al Derecho interno en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que en su número dos nos dice que “el despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores”.

Debe subrayarse al respecto que en la medida en que el periodo de consultas es una manifestación del derecho a la negociación colectiva estamos ante un desarrollo del artículo 37.1 de la Constitución. En los casos en los que el protagonismo de la negociación sea asumido por los sindicatos de trabajadores (artículo 2.2.d de la Ley Orgánica de Libertad Sindical) quedará también afectado el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución, que es uno de los derechos fundamentales y libertades públicas de máxima tutela constitucional y cuya vulneración exige la nulidad radical de las conductas vulneradoras del mismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre de 1981. El legislador español no ha introducido diferencias entre los supuestos en los que la vulneración se refiere a la negociación colectiva desarrollada en el periodo de consultas de un despido colectivo por los representantes legales o ad hoc de los trabajadores y aquellos en los que la vulneración afecta a la negociación colectiva de los sindicatos. En ambos casos ha optado por establecer como consecuencia la nulidad del despido colectivo y de los despidos individuales producidos en el marco del mismo (artículo 124, números 11 y 13, letra a 3ª, de la Ley de la Jurisdicción Social).

En el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE se regula el contenido de la negociación colectiva durante el periodo de consultas de los despidos colectivos. En dicha regulación se incluye la obligación empresarial de poner de manifiesto expresamente “los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido”. Es decir, cuando en la legislación nacional compete al empresario seleccionar a los trabajadores despedidos, el empresario debe hacer expresa manifestación de los criterios que va a aplicar para llevar a cabo tal selección.

Esa norma está incorporada al Derecho interno en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que nos dice que “la comunicación de la apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral” y que “en dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:... e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos...”.

Debe subrayarse ahora una evidencia que, no por obvia, resulta ociosa, puesto que muchas veces puede pasar desapercibida. Si existe un colectivo de trabajadores del cual se van a despedir solamente a algunos de ellos, SIEMPRE se va a aplicar algún criterio para seleccionar a los despedidos, incluso cuando ese criterio pudiera ser totalmente aleatorio (por ejemplo, la realización de un sorteo). Quien hace la selección de los despedidos (el empresario, a través de su estructura directiva) siempre aplicará para ello uno o varios criterios, sean estos cuáles sean. Cuestión distinta es que los externalice, poniéndolos de manifiesto. Lo que exige la Directiva 98/59/CE (y el Estatuto de los Trabajadores al incorporar la misma) es que cuando sea el empresario el que vaya a seleccionar a los trabajadores afectados según sus propios criterios aplique los siguientes preceptos:

- A) Que dichos criterios sean fijados de forma anticipada en un determinado momento temporal, esto es, al inicio del periodo de consultas, comunicándolos a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral;
- B) Que dichos criterios sean exteriorizados por el empresario, poniéndolos de manifiesto y fijándolos por escrito;

C) Que someta tales criterios a la negociación colectiva durante el periodo de consultas. Es claro que así lo establece la Directiva, puesto que expresamente en el artículo 2.3 expresa cuál es la finalidad de exigir al empresario que ponga de manifiesto sus criterios de selección de los afectados al inicio del periodo de consultas: “A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas”, propuestas que solamente tienen sentido porque las consultas se llevan a cabo, según el artículo 2.1, “con vistas a llegar a un acuerdo”.

Por lo demás la Directiva 98/59/CE no establece ningún concreto criterio que el empresario deba aplicar obligatoriamente, aunque, como ha aclarado también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16, ello no impide que los Estados miembros puedan establecer criterios de obligado cumplimiento, incluidas las prioridades de permanencia (que no son sino criterios de selección obligatorios por ley o convenio colectivo), entre los que pudiera estar la prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas. Esa prioridad no ha sido establecida en el Derecho español, aunque sí haya otras reguladas (especialmente para el caso de representantes legales o sindicales de los trabajadores, trabajadores designados con funciones en materia de prevención de riesgos laborales o técnicos de prevención), además de las que puedan establecerse por vía de la negociación colectiva, incluso en el acuerdo que pueda alcanzarse en el marco del periodo de consultas. Es obvio por otra parte que tales criterios no podrán constituir discriminaciones por criterios ilícitos (sexo, raza, religión, afiliación política o sindical, etc.), todo ello conforme a la normativa sobre igualdad y no discriminación del Derecho de la Unión y del Derecho interno español. Por ello el artículo 11.5 del Reglamento de Despidos Colectivos (Real Decreto 1483/2012) dice que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento”). Esto es, la Autoridad Laboral debe comprobar que los criterios de selección que va a utilizar el empresario, que éste debe haber puesto de manifiesto al inicio del periodo de consultas, no son discriminatorios y se ajustan a las obligaciones legales y convencionales sobre criterios de permanencia.

En la medida en que los criterios de selección son objeto de negociación colectiva en el periodo de consultas, en caso de llegarse a un acuerdo tales criterios podrán desviarse respecto de los expresados por el empresario durante el periodo de consultas, siendo vinculantes los que se pacten. Si no existe acuerdo el empresario habrá de aplicar para seleccionar a los trabajadores los criterios que expresó al inicio del periodo de consultas. No obstante la normativa española permite que el empresario varíe los mismos en su decisión final. Conforme al artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores el periodo de consultas, a falta de acuerdo, debe terminar con una decisión empresarial expresa: “En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”. El Real Decreto 1483/2012 en su artículo 12 permite que la decisión empresarial “actualice” “los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1”, entre los cuales están los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”. La Directiva 98/59/CE no contiene una previsión semejante, pero en la medida en que el contenido y finalidad de la misma es la obligación empresarial de negociar, entre otros extremos del despido colectivo, los criterios de selección, a juicio de esta Sala dicha previsión es conforme con la Directiva (y por ende con el derecho constitucional de negociación colectiva) siempre y cuando dicha actualización sea la consecuencia del intercambio de informaciones, propuestas y contrapuestas del periodo de consultas, esto es, siempre y cuando los criterios finalmente fijados en la decisión empresarial hayan estado presentes en la negociación colectiva. Por el contrario si dichos criterios se introducen de forma sorpresiva y suponen una innovación respecto de los criterios puestos de manifiesto al inicio del periodo de consultas y durante la negociación, ello implicará que el empresario ha omitido la preceptiva negociación colectiva sobre dicho extremo del despido colectivo, lo que no puede considerarse compatible con la Directiva 98/59/CE ni con el derecho de negociación colectiva manifestado en el periodo de consultas. Por la misma razón habría de pensarse que tal vulneración se produce cuando el empresario aplica para seleccionar los trabajadores despedidos criterios no expresados durante la negociación del periodo de consultas, incluido el supuesto en el cual no

es capaz de expresar el criterio aplicado para la selección del concreto trabajador, acreditando que el mismo obedece a alguno de los criterios negociados durante el periodo de consultas y adoptado en su decisión final. En tales supuestos por tanto lo que ocurrirá es que el empresario habrá omitido negociar el criterio aplicado a la selección del concreto trabajador. El artículo 124.13, letras a.4ª y b.3ª de la Ley de la Jurisdicción Social establece la nulidad del despido individual del trabajador seleccionado en el marco de un despido colectivo cuando su selección se haya hecho “sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas”. Podría pensarse que la nulidad sería aplicable en todo caso en el que el empresario no acredite haber respetado los criterios de selección fijados en su decisión final o, cuando menos, cuando los criterios aplicados para la selección sean desconocidos (esto es, permanezcan reservados, no habiéndose puesto de manifiesto en el periodo de consultas) o de cualquier otra manera no hayan sido objeto de negociación en el periodo de consultas, puesto que en todos estos supuestos se estaría vulnerando la obligación que tenía de exteriorizar tales criterios y someterlos a la negociación colectiva. Debemos recordar que el criterio legal es que en los despidos colectivos la vulneración de las obligaciones empresariales de negociación colectiva es causa de nulidad y cuando menos cuando tal negociación esté “sindicalizada” esa vulneración afectaría al derecho fundamental de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución. Sin embargo el criterio jurisprudencial de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (sentencia de 14 de junio de 2017, recurso 2708/2015) es que hay que ajustarse estrictamente al texto de la Ley de la Jurisdicción Social, dado que las causas de nulidad son tasadas y de ese texto se desprende que, aparte de los supuestos de discriminación o vulneración de otros derechos fundamentales, el despido únicamente es nulo cuando se hayan dejado de respetar las “prioridades de permanencia” establecidas “en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas”. En cualquier otro caso en el cual no se hayan aplicado los criterios de selección negociados en el periodo de consultas y fijados en la decisión empresarial unilateral de despido colectivo la consecuencia es la improcedencia del despido. A tal criterio nos hemos de atener.

SEXTO.- Fijado lo anterior se presentan otra cuestión, planteada en el presente litigio, que es la relativa a la necesidad de expresar en la carta de despido los criterios de selección aplicados.

En relación con esto, esto es, si es exigible que la notificación individual que la empresa debe dirigir a cada trabajador afectado ha de incluir de forma explícita los criterios de selección aplicados en su caso, la respuesta depende de la interpretación que se haga del artículo 53.1.a del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 51.4 en relación con los requisitos aplicables a la carta individual de despido. El citado artículo exige, para la validez del despido individual, que se observe, entre otros, el siguiente requisito formal:

“Comunicación escrita al trabajador expresando la causa”.

El núcleo del problema consiste por ello en interpretar qué significa, en el marco del despido colectivo, el término “causa”. Esta Sala entendió, por ejemplo en sentencia de 28 de enero de 2015 (suplicación 33/2015), que en el marco del despido colectivo dicha expresión había de interpretarse en sentido amplio, comprendiendo no solamente la causa global de la decisión empresarial de despido colectivo (las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas justificadoras de la misma), sino las causas del despido individual del concreto trabajador, que comprendían desde luego los motivos por los que ese concreto trabajador había sido seleccionado para ser despedido de entre todos los posibles trabajadores susceptibles de serlo. Esta Sala entendía que, a diferencia del litigio de impugnación colectiva del despido colectivo, el objeto privilegiado del litigio individual de despido en el marco de un despido colectivo (como así resulta de los puntos a.4ª y 3.3ª del artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social) es la comprobación de la forma de seleccionar al concreto trabajador despedido. Hay que recordar que la carta de despido, en el proceso especial de despido, cumple la función que en otros procesos cumple la demanda, fijando los términos del litigio. Como compensación a la facultad de autotutela empresarial resolviendo el contrato de trabajo sin ejercitar para ello una acción judicial (que es el régimen normal en Derecho Civil ex artículo 1124 del Código Civil), se exige que la decisión resolutoria de la empresa se manifieste por escrito y centre

el posible debate procesal futuro expresando en la misma las circunstancias determinantes de la extinción del contrato. Por ello precisamente, y para evitar la indefensión del trabajador, el empresario debe limitarse en el litigio que pueda iniciarse por el trabajador para impugnar el despido a acreditar los hechos de la carta y justificar la virtualidad extintiva del contrato que estos tienen, sin poder introducir hechos nuevos para justificar su decisión. Siguiendo esa lógica de imputar a la carta de despido el papel de la demanda, parecía lógico exigir que se expresara en ésta la forma de seleccionar al trabajador, centrando así el objeto procesal en caso de impugnación de ese despido.

En sentido semejante se habían pronunciado también otros Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 9 de abril de 2.014 (recurso de suplicación 1905/2013).

Sin embargo, al resolver sobre los despidos dimanantes de la reestructuración de la entidad Bankia S.A., la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fijó como doctrina unificada el criterio contrario en sentencias como las de 15 de marzo de 2016 (RCUD 2507/2014), 21 de diciembre de 2016 (RCUD 3181/2015 y 3508/2015), 12 de septiembre de 2017 (RCUD 3683/2015), 28 de noviembre de 2017 (RCUD 164/2016), 8 de febrero de 2018 (RCUD 760/2016), 8 de marzo de 2018 (RCUD 360/2016) ó 4 de abril de 2018 (RCUD 1354/2016), algunas de ellas relativas al mismo despido colectivo de Banco CEISS objeto del presente litigio. El Tribunal Supremo ha dicho que la expresión “causa” del artículo 53.1.a en el marco del despido colectivo tiene el mismo significado que en el marco del despido objetivo individual y va únicamente referida a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo, sin comprender dentro de la misma los criterios con los que se ha procedido a la selección individual. Y basa tal criterio en que en el marco de un despido colectivo ha existido un periodo de consultas con una previa negociación con los representantes de los trabajadores que atempera la exigencia legal, puesto que se debe conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales, de manera que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza (sentencia de pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 -rcud 231/2013). Precisamente por ello, el Tribunal Supremo entiende que la mejora introducida por la reforma de 2012, extendiendo a la comunicación individual del despido -en los despidos colectivos- la formalidad propia de la establecida para el despido objetivo (lo que no ocurría con anterioridad, porque la comunicación individual carecía de formalidad alguna), no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo, puesto que, de existir alguna diferencia, más bien habría de serlo en el sentido de atenuar el formalismo cuando se trata del despido colectivo, precisamente porque el mismo va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores. A partir de tal criterio el Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de marzo de 2016 (RCUD 2507/2014), consideró que no parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo sea necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados en el despido colectivo, puesto que no resulta del texto legal y además es un formalismo innecesario exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores aquellos datos que 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. A lo que añade que “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”.

Se desprende de lo anterior que no es preciso indicar en la propia carta de despido los criterios de selección aplicados para llegar al concreto trabajador, en tanto en cuanto dichos criterios de selección ya deben ser conocidos por el mismo debido a la previa existencia del periodo de negociación colectiva (periodo de consultas). Criterio que desde luego refuerza la vinculación entre los criterios de selección y el derecho a

la negociación colectiva, que se proyecta en la discusión de tales criterios entre los interlocutores sociales en el marco del periodo de consultas, como resulta de la Directiva 98/59/CE, según hemos visto.

Esta Sala por tanto se acomoda a la doctrina unificada, según la cual con carácter general la omisión en la carta de despido de los criterios de selección que han conducido al despido del concreto trabajador no es causa de ilicitud del despido.

SÉPTIMO.- Todo lo anterior nos conduce a un último punto en relación con la aplicación de la Directiva 98/59/CE y sus normas internas de incorporación (el artículo 51 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 1438/2012), que es la forma de determinar en el acto del juicio si la empresa ha respetado los criterios de selección fijados en su decisión de despido colectivo y sobre los cuales versó la negociación en el periodo de consultas.

La cuestión la resolvemos a partir de las siguientes consideraciones:

a) Un criterio de selección es aquel que permite elegir dentro de un colectivo de trabajadores cuáles van a ser despedidos. Por tanto para afirmar que se han vulnerado los criterios de selección es preciso en primer lugar fijar el colectivo dentro del cual han de aplicarse, constando que unos trabajadores dentro de tal colectivo han sido despedidos y otros no. El criterio de selección es la diferencia que existe entre los trabajadores despedidos y los no despedidos y que explica que unos hayan sido despedidos y otros no.

b) Como ya dijimos antes, siempre que dentro de un colectivo unos trabajadores son despedidos y otros no existen criterios de selección aplicados por quien haya tomado la decisión (el empresario o quien realice tal tarea en su nombre o por su encargo), aún en el supuesto extremo de que los mismos se basen en el alea y se fundamenten en un sorteo. Lo que exige la Directiva 98/59/CE es que los criterios que se vayan a utilizar hayan sido exteriorizados de forma previa por el empresario y sometidos a negociación colectiva en el periodo de consultas.

c) Aunque el criterio utilizado no haya de ser expresado en la carta de despido individual, ello no significa que el mismo no deba existir y aparecer exteriorizado en la decisión final del periodo de consultas, porque así lo exige la Directiva 98/59/CE y sus normas de incorporación. De hecho, como resulta de la jurisprudencia citada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la existencia de criterios de selección es obligada: si no se exige que esos criterios aparezcan expresados en la carta de despido es porque el trabajador tiene que conocer los mismos a través de sus representantes legales o sindicales que han negociado con la empresa durante el periodo de consultas.

d) En el proceso por despido estamos ante la valoración de la licitud de una decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo. Cuando el empresario ha adoptado su decisión seleccionando para ser despedidos a unos trabajadores frente a otros, tal decisión ha de adoptarla siguiendo los criterios de selección prefijados en la decisión de despido colectivo y negociados durante el periodo de consultas. Cuando el trabajador despedido impugne el despido en base a que el empresario no ha aplicado los criterios de selección fijados en su decisión de despido colectivo, el objeto del litigio versará sobre la acreditación de cuáles hayan sido los criterios que han llevado a seleccionar al trabajador para su despido frente a otros trabajadores posibles, para comparar los mismos con los criterios de selección fijados en la decisión de despido colectivo (o en el pacto final del periodo de consultas) y comprobar si se ajustan a estos. Los hechos básicos para efectuar esa comparación son dos: El primero acreditar cuáles fueron los criterios de selección fijados en la decisión de despido colectivo y el segundo acreditar cuáles son los criterios con los que realmente se ha seleccionado al trabajador despedido. A partir de esos dos hechos podrá hacerse la comparación. Del principio de disponibilidad y facilidad probatoria a la hora de distribuir la carga de la prueba (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se desprende que quien haya adoptado la decisión extintiva colectiva y la individual (la empresa) es quien deberá acreditar cuáles fueron los criterios fijados en la decisión colectiva y cuáles los aplicados a la hora de seleccionar al trabajador individual. Al órgano judicial corresponderá comprobar si existe un desajuste entre ambos, o si los criterios aplicados realmente

para la selección del trabajador individual no habían sido sometidos a negociación colectiva ni fijados como criterios en la decisión de despido colectivo. Es cierto que la empresa no está obligada a expresar esos criterios en la carta de despido, lo que será una fuente de problemas en el proceso en orden a centrar la controversia y evitar alegaciones sorprendidas de ambas partes en el acto de la vista, pero ello no significa que no haya de probarse en el acto del juicio, si tal tema se suscita como causa de impugnación del despido, cómo se han aplicado los criterios de selección.

e) La exigencia de prueba a la empresa será especialmente intensa cuando estén en juego derechos fundamentales del trabajador, esto es, en aquellos casos en los que puedan existir indicios suficientes de que el criterio aplicado para seleccionar al trabajador sea discriminatorio o contrario a cualquier otro derecho fundamental.

f) En el caso de que exista un desajuste entre los criterios de selección fijados en el despido colectivo y los aplicados al caso individual, la conclusión será la improcedencia del despido, salvo cuando conste que el criterio aplicado es contrario a la interdicción de discriminación o cualquier otro derecho fundamental, o cuando el criterio de selección vulnerado sea un criterio obligatorio para el empresario (o sea, una prioridad de permanencia) en virtud de norma legal o convencional o acuerdo en el periodo de consultas, en cuyo caso el despido habrá de calificarse como nulo.

OCTAVO.- Una vez que hemos expuesto el régimen vigente en materia de criterios de selección en los despidos colectivos y sobre control judicial de su aplicación, hemos de pasar al segundo grupo de materias que se suscitan en el presente litigio, esto es, a la interpretación y aplicación 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, todo ello en base a la interpretación de la misma dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16. En concreto el artículo 10 de la Directiva tiene el siguiente texto:

“Prohibición de despido

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 despidan 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”.

Esa norma ha de complementarse con la referencia que se hace al artículo 2, que dice lo siguiente:

“Definiciones

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

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”.

Se observa que, en relación con estas trabajadoras, el artículo 10 contiene dos preceptos:

a) Una prohibición de despido de las trabajadoras que se encuentre en las situaciones descritas en el artículo 2. Esa prohibición tiene dos etapas: una etapa preventiva, de prohibición inicial ex ante, y una etapa reactiva, contemplada en el número 3 del artículo 10, que obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido contrario a la prohibición. A su vez la prohibición contiene una excepción: “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”.

b) Una obligación del empresario que despidiera a una trabajadora que se encuentre en una de las situaciones protegidas de “dar motivos justificados de despido por escrito”.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018 en el asunto *Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros*, C-103/16, contiene importantes precisiones:

a) En la medida en que los despidos colectivos regulados por la Directiva 98/59/CE, de acuerdo con la definición de los mismos dada por el artículo 1.1. in fine de la propia Directiva (y que se incorpora, aún con algunas diferencias que aquí no afectan al caso, al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores), son “extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” que superen determinados umbrales cuantitativos en relación con la plantilla del centro de trabajo, tales extinciones quedan fuera del ámbito de la prohibición de despido del artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE. Las decisiones de despido prohibidas son aquellas que se hayan tomado “por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada”. “En cambio, una decisión de despido... por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no será contrario al citado artículo 10, a condición, no obstante, de que el empresario comunique por escrito motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión”. “Por consiguiente, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras, a efectos del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85”.

b) Del artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CE no resulta una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las trabajadoras en situaciones protegidas. Los Estados miembros podrían incluir en su Derecho interno (en su caso a través de la negociación colectiva) tales prioridades u obligaciones de recolocación para garantizar una mayor protección a las trabajadoras, lo cual sería compatible con la misma. Pero si no lo han hecho (como es el caso de España) la Directiva no obliga a hacerlo.

c) De la Directiva sí resulta una obligación de que el Estado introduzca en su legislación expresamente la prohibición de despedir a las trabajadoras por razones esencialmente relacionadas con su embarazo, incluyendo medidas preventivas para evitar tales despidos, siendo insuficiente la mera regulación, de naturaleza reactiva, de la nulidad del despido que vulnere tal prohibición, aunque ello conlleve la reposición en el puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir.

d) Del artículo 10.2 de la Directiva 92/85 resulta la obligación del empresario que despide a una trabajadora en una situación protegida de comunicar a la misma los motivos que justifican el despido colectivo, “siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. Es decir, en la medida en que el despido de la trabajadora puede justificarse exclusivamente en los motivos que dan lugar al despido colectivo, no es preciso buscar otros motivos adicionales para el mismo. Los únicos motivos que habrán de expresarse y comunicarse a la trabajadora, en cuanto son los únicos existentes y suficientes, son los que motivan el despido colectivo. Ahora bien, como parte de dicha comunicación es preciso indicar a la trabajadora “los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”.

Esto es lo que ha dicho el Tribunal de Justicia. De lo anterior resulta que el mero hecho de incluir a una trabajadora en una situación protegida relacionada con el embarazo en un despido colectivo no vulnera la Directiva. De lo anterior resulta también que el requisito de comunicación escrita de las causas de despido se convierte en una condición esencial para que el despido se entienda lícito y compatible con la Directiva. En ese sentido debemos apreciar que si bien en el caso ordinario de trabajadores despedidos la falta de comunicación escrita sería únicamente causa de improcedencia del despido, la aplicación de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Social determinaría siempre en estos casos la nulidad del mismo, lo que parece conforme con la naturaleza especialmente protegida de la comunicación escrita de las causas de despido que exige el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE.

En este caso lo más relevante es el último punto que hemos tratado. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16 establece también como condición de licitud del despido, en el caso de despidos colectivos, que en la comunicación escrita por la cual se explican a la trabajadora los motivos del despido colectivo, “se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”.

Cabe señalar cómo la sentencia de 26 de abril de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de suplicación 3002/2015), al resolver el caso sometido a la cuestión prejudicial referida, ha concluido que la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo antes analizada, según la cual no es exigible que en la carta de comunicación de la extinción individual se especifiquen los criterios de selección, “no puede aplicarse en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo, pues en tales casos, además de la causa, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas”. En el caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se apreció, valorando las concretas circunstancias del caso (puesto que se trata, efectivamente, de un juicio esencialmente casuístico en relación con la selección de cada concreta trabajadora en cada concreto despido colectivo), que la carta de despido sí especificaba suficientemente los criterios de selección.

En relación con esta cuestión se pueden adicionar dos apreciaciones:

a) La primera es que la especificación en la comunicación escrita, junto a las causas del despido colectivo, de los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido, es una exigencia que se incluye con naturalidad por el Tribunal de Justicia en su sentencia, como si fuera no solamente una exigencia específica para las trabajadoras en situaciones protegidas, sino una exigencia general en el caso de despidos colectivos, consecuencia normal del requisito de negociación en el periodo de consultas sobre los criterios de selección aplicables resultante de la Directiva 98/59/CE. Ello suscita la duda sobre si la doctrina unificada española pudiera ser compatible con las exigencias de esa Directiva, máxime cuando la comunicación al trabajador individual de los criterios aplicados para la selección es una condición para la eficacia de la obligación de negociación impuesta en la Directiva sobre

los mismos y para la tutela judicial de los derechos del trabajador resultante, debiendo recordarse que el derecho a la tutela judicial efectiva está incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto en el artículo 47.

b) Independientemente de lo anterior, la obligación de que en la comunicación escrita a la trabajadora “se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido” ha de interpretarse con arreglo a la finalidad de que sea útil a los efectos de la Directiva 92/85/CEE, esto es, para hacer efectiva la prohibición de despido “por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada”. Puesto que no hay que olvidar que en el caso de los despidos colectivos la vulneración de la prohibición no se producirá normalmente en la decisión de despido colectivo, sino en la selección de los concretos trabajadores despedidos. Y por tanto, partiendo de que en un despido colectivo existen causas no inherentes al embarazo que justifican el despido, la comunicación de los criterios de selección ha de servir para garantizar que en la selección de los concretos afectados no se haya tomado en consideración el embarazo, la maternidad o la lactancia. De ahí que la expresión exigible de los criterios de selección en estos supuestos sea la necesaria para comprobar que esos criterios se han aplicado de tal manera que la selección de la concreta trabajadora es ajena a su situación protegida.

En conclusión, tal y como ha resuelto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia anteriormente citada, con criterio que compartimos, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que en el caso de las trabajadoras en situaciones protegidas es exigible que, al comunicar por escrito a la trabajadora las causas motivadoras del despido (esto es, de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que dan lugar al despido colectivo), se indique también qué criterios han llevado a seleccionar dentro del conjunto de los despedidos a la trabajadora interesada.

NOVENO.- A partir de lo anteriormente expuesto hemos de decidir si el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE es directamente aplicable, a falta de incorporación expresa en el Derecho interno, cuestión que se suscita, al menos en relación con el artículo 10.1, en la sentencia de 26 de abril de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de suplicación 3002/2015).

En este caso el litigio se entabla entre una trabajadora y una empresa privada, por lo que no nos encontramos ante una relación de las denominadas "verticales", entre poder público y ciudadano, en las cuales el órgano que representa a los poderes públicos no puede alegar lícitamente frente al ciudadano el propio incumplimiento de esos poderes públicos de sus obligaciones de incorporación del contenido de la Directiva al Derecho interno. En principio la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el valor de las Directivas que no han sido incorporadas dentro del plazo establecido en las mismas, es que la Directiva forma parte del Derecho Comunitario y por tanto es susceptible de ser alegada ante las jurisdicciones nacionales, puesto que sería incompatible con el efecto obligatorio que el Tratado reconoce a la Directiva, excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas. De modo particular en aquellos casos en que las autoridades comunitarias hubieran, por medio de una Directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, el efecto útil de tal acto se vería debilitado si los particulares afectados no pudieran invocarla y las jurisdicciones nacionales no pudieran tenerla en cuenta en tanto que elemento de Derecho de la Unión (sentencia de 4 de diciembre de 1974 del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 41/74, Van Duyn). Todo ello teniendo en cuenta que las normas del Derecho de la Unión tienen primacía frente a las de Derecho interno, puesto que, según la sentencia de 15 de julio de 1964 del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Costa contra ENEL, “no cabe (...) que la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario varíe de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas ulteriores sin poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado (...), ni provocar una discriminación prohibida (...) Al Derecho nacido del Tratado (...) no podría oponérsele por vía judicial ningún texto interno sin que perdiera su carácter comunitario y sin que se pusiera en tela de juicio el propio fundamento jurídico de la Comunidad (...)”.

Además es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que “el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva (estos son los llamados “efectos verticales” de las Directivas). Por tanto, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de aplicación adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definen derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado”. “La facultad del Estado miembro de elegir entre muchos medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una Directiva no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva” (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1982 en el asunto Becker y 296/91, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto Francovich y otros contra la República Italiana).

Sin embargo la aplicación de las Directivas no incorporadas al Derecho interno ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas (los llamados efectos horizontales), pues una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada contra particulares (sentencias Marshall, C-152/84; Faccini Dori, C-91/92; ó Pfeiffer, C-397/01 a C- 403/01).

Por consiguiente, si el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CE no se encontrase incorporado al Derecho Español no podría, por sí solo, aplicarse a un litigio entre particulares.

Ahora bien, como señala la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2017 (rec. 74/2017), el Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias von Colson y Kamann, C-14/83 y Küçükdeveci, C-555/07). Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero (véanse, en particular, las sentencias Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, la sentencia de 16 de julio de 2009, C-12/2008, asunto Mono Car, la sentencia Küçükdeveci, C-555/07 o la sentencia de 19 de abril de 2016, asunto «Dansk Industri»). Las autoridades judiciales nacionales no son en modo alguno ajenas al deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1º del Código Civil. Se configura de esta forma un principio de especial y singular relevancia en la actuación del órgano judicial nacional, que impone la búsqueda de una interpretación conforme al Derecho de la Unión de la normativa interna que pudiere haber vulnerado un claro, directo y categórico mandato de la Directiva. Sin que ello pueda conducir a forzar la exégesis de la norma hasta el punto de incurrir en una interpretación contra legem de la misma, pues el principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (sentencias Impact, C-268/06; Domínguez, C-282/10 o Association de médiation sociale, C-176/12).

Hemos de interrogarnos por ello en primer lugar si es posible hacer una interpretación del artículo 53.1.a del Estatuto de los Trabajadores que incluya en la notificación escrita del despido objetivo la obligación,

en el caso de los despidos colectivos de trabajadoras en situaciones protegidas con arreglo a la Directiva 92/85/CE, la obligación de expresar los criterios de selección aplicados. Y ya hemos visto cómo tal interpretación era posible con carácter general (no solamente para las trabajadoras en situación protegida) y así la acogieron diversas sentencias de varias Salas de Tribunales Superiores de Justicia, como el caso de esta Sala de Castilla y León (Valladolid), por ejemplo en sentencia de 28 de enero de 2015 (suplicación 33/2015), o el de la Sala de Madrid, por ejemplo en sentencia de 9 de abril de 2014 (recurso de suplicación 1905/2013). Se trataba de una interpretación “posible” de la norma y aunque fuera preterida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que adoptó con su superior jerarquía otra interpretación diferente, ello no significa que tal interpretación sea imposible de todo punto, por lo cual cabe traerla a colación para exigir la expresión de los criterios de selección en el caso de trabajadoras en situación protegida.

DÉCIMO.- En este punto hemos de traer a colación la tercera línea normativa que confluye en este caso, el artículo 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que como parte del derecho fundamental a la vida personal y familiar establece que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”. La Carta de Derechos Fundamentales, de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, tiene el mismo valor jurídico de los Tratados y es de aplicación, siempre directa y sin necesidad de norma de incorporación, cuando estemos ante la aplicación de normas de Derecho de la Unión, como aquí ocurre, al tratarse de la interpretación y aplicación de las Directivas 92/85/CEE y 98/59/CE.

Debemos insistir en que los derechos fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se imponen de manera directa por encima del Derecho nacional y en todo tipo de relaciones jurídicas, no solamente de las verticales, tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 19 de enero de 2010, C-555/07, Küçükdeveci y de 26 de febrero de 2013, C-617/10, Fransson). De hecho la doctrina respecto de la aplicación directa de los derechos fundamentales comunes a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros se estableció por la jurisprudencia europea anteriormente a la Carta de Derechos Fundamentales y al Tratado de Lisboa, en sentencias como las de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77, 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C 81/05, 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08 ó 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10.

La Carta establece el derecho de “toda persona” a “ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad”. Ese derecho es aplicable de forma directa e inmediata en todos los Estados miembros, sin necesidad de norma de incorporación. Cuando la Directiva 92/85/CE regula en su artículo 10 la prohibición de despido de las trabajadoras en situaciones protegidas relacionadas con el embarazo y la lactancia, no está sino materializando el derecho fundamental invocado. Es cierto que la base jurídica de la Directiva 92/85/CE se encuentra en la mejora de las condiciones de seguridad y salud laboral y, de hecho, es una Directiva específica de desarrollo del programa normativo contenido en la Directiva Marco, 89/391/CEE. Sin embargo ello no significa que no afecte de manera directa al Derecho Fundamental recogido en el artículo 33.2 de la Carta, sirviendo de instrumento para su materialización. Las bases jurídicas no son necesariamente excluyentes entre sí. Una misma norma puede servir a dos finalidades, afectando su aplicación a la garantía de dos derechos, como ocurre en este caso, en el que el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE no solamente afecta al derecho de la trabajadora a su seguridad y salud, sino también al derecho fundamental de la misma trabajadora a la vida personal y familiar. En ese sentido debemos recordar que el artículo 2.2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, nos dice que a efectos de esa Directiva, el concepto de discriminación incluye, entre otros supuestos, el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE. Por tanto la regulación de la Directiva 92/85/CEE, aunque la misma sea una Directiva en materia de seguridad y salud laboral en su origen, queda conectado directamente al derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo. Se revela así la

profunda vinculación que el derecho fundamental del artículo 33.2 de la Carta tiene con los artículos 21 y 23 de la misma Carta. El primero prohíbe toda discriminación, incluida entre otras y muy en particular la ejercida por razón de sexo. El artículo 33, bajo el título “igualdad entre mujeres y hombres”, nos dice que “la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, si bien “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”. Es obvio que el embarazo, la maternidad y la lactancia constituyen factores cuya toma en consideración con efectos negativos no solamente afecta al derecho a la vida familiar, sino también al derecho de igualdad entre hombres y mujeres, de manera que su vulneración constituye una discriminación prohibida por razón de sexo. Esos derechos fundamentales integran, por remisión, el contenido del artículo 10 de la Directiva 92/85/CE en cuanto supone una garantía y de los mismos y por ello son de aplicación directa en los Estados miembros en virtud de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con independencia del eventual incumplimiento por el Estado de la obligación de incorporar al Derecho nacional el contenido de la Directiva indicada.

DÉCIMO PRIMERO.- Aplicando todo lo anterior al caso de autos resulta:

a) La trabajadora fue seleccionada para ser despedida dentro de un colectivo en el que no todos fueron despedidos. Es cierto que se cerró el departamento al que estaba adscrita (y no se cuestionan las causas empresariales para hacerlo), pero no todos los 39 trabajadores de dicho departamento siguieron el mismo destino laboral. A unos se les ofertó un contrato con otra empresa del grupo en Málaga, suspendiendo el contrato con la empresa actual, de los cuales unos lo aceptaron, mientras que tres trabajadoras no lo hicieron y fueron incluidas en el despido colectivo, entre ellas la actora. Otros se acogieron voluntariamente a las bajas voluntarias ofertadas. Otros permanecieron en la empresa siendo trasladados a centros a más de 50 kilómetros del lugar donde prestaban servicios y otros ocho finalmente siguieron prestando servicios en la empresa siendo trasladados a otros centros más próximos. También se produjo un fallecimiento y hubo dos nombramientos. A la trabajadora se le “ofreció” un cambio de empresa con traslado de residencia a Málaga, estableciendo que en caso de no aceptar tal oferta sería despedida, como así sucedió. Pero esto no es lo que se hizo con todos los trabajadores del departamento. Por consiguiente se produjo una “selección” entre ellos para su inclusión o no en el despido colectivo.

b) No constan en los hechos probados de la sentencia, ni se pretenden introducir en los mismos mediante un motivo de la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social en el recurso de suplicación, ni al amparo del artículo 197.1 de la Ley de la Jurisdicción Social en el escrito de impugnación del mismo, cuáles fueron los criterios aplicados por la empresa para llevar a cabo tal selección.

c) Tampoco constan en los hechos probados (ni se pretenden introducir) cuáles fueron los criterios de selección aprobados en la decisión de despido colectivo y que la empresa estaba obligada a aplicar.

d) En la comunicación escrita del despido a la trabajadora a ésta se le informó de las causas globales del despido colectivo, pero no se le hizo indicación alguna sobre los criterios de selección fijados en la decisión de despido colectivo ni de los aplicados para escoger a la misma dentro de los diferentes trabajadores del departamento para ser despedida. Tampoco se le hizo esta indicación cuando previamente se le ofertó la baja en la empresa y la contratación con otra empresa del mismo grupo en Málaga. En ambos casos toda la información que en esos escritos se le proporcionó se limitó a la afirmación apodíctica de que había sido seleccionada siguiendo los criterios fijados en el acuerdo resultante del periodo de consultas, sin más especificaciones.

En conclusión, si estuviésemos ante una trabajadora en situación protegida, se habría vulnerado por la empresa el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE, en la interpretación del mismo realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de febrero de 2018 en el asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., y otros, C-103/16, todo ello en relación con el artículo 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

DÉCIMO SEGUNDO.- Debemos resolver ahora si la trabajadora se encontraba en situación protegida por la Directiva 92/85/CEE, lo que la empresa niega de forma reiterada en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, dado que cuando se le notificó a la trabajadora el despido y cuando éste después tuvo efectos la misma ya había perdido el feto y no se encontraba embarazada, ni en situación de riesgo para el embarazo, sino en incapacidad temporal.

La protección jurídica dispensada por el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE se dispensa a las trabajadoras que se encuentren en alguna de las situaciones protegidas definidas en el artículo 2 de la misma Directiva, esto es, trabajadoras embarazadas, trabajadoras que hayan dado a luz y trabajadoras en periodo de lactancia. El artículo 10.1 define el periodo de protección frente al despido: “el comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8”. El artículo 8.1 dice lo siguiente: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

En este caso la fecha de efectos del despido fue posterior a la finalización del embarazo, que no llegó a término, por pérdida del feto, iniciándose entonces una incapacidad temporal durante la cual tiene efectos el mismo. Ello en principio dejaría a la trabajadora fuera del ámbito de la protección dispensada, salvo que la pérdida del feto pudiera asimilarse de alguna manera al parto a efectos de la protección posterior durante la baja médica. Pero en este caso no es necesario indagar sobre tal equiparación, dadas las circunstancias concurrentes, dado que la decisión de despedir a la trabajadora se adoptó mientras la misma estaba embarazada y en situación de baja por riesgo durante el embarazo, aunque se materializara después.

En concreto hay que tener en cuenta que es el 7 de marzo de 2017, durante su embarazo y en situación de baja por riesgo para el feto, cuando se le notifica que debe aceptar la baja en la empresa (con “suspensión” sine die del contrato) para ser contratada por otra empresa del grupo en Málaga (a unos 800-900 kilómetros de su puesto de trabajo originario en León) y que en caso contrario será despedida en el marco del despido colectivo, afirmando que se encuentra afectada por el despido colectivo en virtud de los criterios de selección pactados en el periodo de consultas. Por tanto la decisión empresarial de seleccionar a la trabajadora para su despido afirmando haber aplicado ya los criterios de selección, previa oferta de baja en la empresa y contratación por otra empresa del grupo en Málaga, se produjo durante la situación de embarazo.

Aún más, una propuesta de esa índole, mediante la cual el empresario condiciona un despido al rechazo de una oferta novatoria o de modificación sustancial de un contrato de trabajo tiene la condición de despido desde el punto de vista del Derecho de la Unión, de acuerdo con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015 en el asunto C-422/14, Pujante Rivera, y 21 de septiembre de 2017 en el asunto C-429/16, Ciupa y otros, puesto que es una extinción de contrato de trabajo decidida unilateralmente por la empresa y condicionada a la aceptación de una novación contractual (en este caso en realidad a un nuevo contrato con una empresa distinta) a la que no está obligada la trabajadora. En ese sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es claro en el sentido de que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de trabajo que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como despido. Es decir, este tipo de decisiones empresariales pasan a considerarse, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, como supuestos de despido, análogos a la figura de la “denuncia novatoria” del contrato de trabajo del Derecho Alemán (“Änderungskündigung”, parágrafo 2 de la Ley de Protección contra el Despido, Kündigungsschutzgesetz -KSchG), figura que acoge expresamente el párrafo 55 del escrito de conclusiones de la Abogada General de 3 de septiembre de 2015 en el asunto C-422/14, Pujante Rivera.

Pero es que además de hecho lo que se le notificó era un despido, porque el contrato de trabajo que se oferta a la trabajadora en Málaga es con otra empresa distinta, que no forma con el Banco CEISS unidad de empresa o grupo laboral (nada de esto consta), por lo que expresamente se dice que el contrato con el Banco CEISS habrá de quedar en suspenso. Aunque se utilice el término de “suspensión” del contrato de trabajo con Banco CEISS, no consta que a la trabajadora se le respetase reserva alguna de puesto de trabajo o se le reconociese un derecho cierto a reanudar su relación laboral por su mera voluntad o cuando llegara una fecha cierta o sobrevinieran determinadas circunstancias objetivas y constatables de acaecimiento seguro. La situación que se le ofrecía por tanto, aunque bajo el nombre de suspensión, no era sino una excedencia voluntaria sin reserva de puesto de trabajo, durante la cual, de acuerdo con la jurisprudencia (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000, RCUUD 3606/98, dictada en Sala General, con criterio reiterado posteriormente en sentencias como las de 26 de octubre de 2006, recurso 4462/05 ó 31 de enero de 2008, RCUUD 5049/2006), el contrato de trabajo no está vigente ni en suspenso, sino extinguido y el trabajador solamente conserva un derecho al reingreso condicionado a la existencia de vacante. La supeditación de la reanudación del contrato a una condición de acaecimiento incierto supone que el mismo se encuentra extinguido y el trabajador solamente conserva un derecho condicionado y expectante a una futura contratación.

Por tanto lo que se le estaba comunicando a la trabajadora el día 7 de marzo de 2017 era la finalización de su contrato con Banco CEISS, esto es, un despido en el sentido de la Directiva 92/85/CEE, que se producía en el marco del despido colectivo (y de la aplicación de las medidas de acompañamiento y reestructuración del mismo), y ello se hizo cuando estaba en su situación de embarazo, por lo que la trabajadora se encontraba en situación protegida de acuerdo con esa Directiva. De ello se deriva que, dado que la empresa no le informó en ningún momento por escrito de los criterios aplicados para su selección, con ello vulneró el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE. Dejando aparte las consecuencias de esa vulneración desde el punto de vista de la seguridad y salud laboral que son el objeto primero de esa Directiva, lo cierto es que por tal causa el despido deviene ilícito, según hemos argumentado, al vulnerar las garantías obligatorias para el caso de despido de trabajadoras embarazadas, siendo tales garantías de aplicación directa.

DÉCIMO TERCERO.- Queda por determinar finalmente cuáles sean las consecuencias de la ilicitud del despido, esto es, si el mismo debe ser declarado improcedente o nulo.

Para resolver tal cuestión hemos de recordar que la causa de ilicitud del despido es la falta de explicitación por escrito por parte de la empresa de cuál haya sido el criterio de selección utilizado para seleccionar a la trabajadora en situación protegida. En principio el incumplimiento meramente formal (por ejemplo, el del requisito de forma escrita y expresión suficiente de la causa ex artículo 53.1.a del Estatuto de los Trabajadores) es causa de improcedencia del despido y no de nulidad, puesto que las causas de nulidad son tasadas y el incumplimiento de forma no da lugar a la nulidad del despido. Ello nos debe llevar a analizar si concurre además alguna causa de nulidad legalmente prevista, que puede ser:

- a) Que el despido tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la trabajadora (artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y 122.2.a de la Ley de la Jurisdicción Social).
- b) Que el despido se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículo 122.2.b de la Ley de la Jurisdicción Social).
- c) Que el despido implique la vulneración de las prioridades de permanencia establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas (artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social) o que el despido se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del

Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículo 122.2.b de la Ley de la Jurisdicción Social).

d) La concurrencia de una situación de nulidad objetiva de las previstas en los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y 122.2. c, d y e de la Ley de la Jurisdicción Social.

Debemos descartar a priori las causas segunda y tercera de nulidad. La segunda causa no es aplicable, porque no se imputa al despido la omisión del preceptivo periodo de consultas y negociación del despido colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, mientras que la tercera causa de nulidad no concurre en este supuesto, puesto que no estamos aquí ante la vulneración de ninguna prioridad de permanencia (ni siquiera de ningún criterio de selección fijado en la decisión empresarial), sino ante una ilicitud derivada de la falta de exteriorización del criterio de selección utilizado. Debemos analizar por tanto las dos restantes, esto es, vulneración de derechos fundamentales y situaciones de nulidad objetiva.

En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales hay que partir de que existe una causa global para el despido de naturaleza económica, técnica, organizativa o productiva que no se cuestiona, pero el problema se concreta en si la selección de la trabajadora se ha producido por su situación de embarazo. En este sentido y a partir de los hechos probados de la sentencia de instancia no puede darse por acreditado ni que esto sea así, ni tampoco lo contrario, dado que la empresa no ha exteriorizado los criterios de selección utilizados y tampoco los mismos han quedado probados en el acto del juicio, no recogiendo los mismos en los hechos probados de la sentencia de instancia. Por tanto han de entrar en juego las reglas sobre distribución de la carga de la prueba.

Previamente hemos de interrogarnos sobre el derecho fundamental que se pueda encontrar afectado en este caso y si su vulneración sería susceptible de llevar a la calificación como nulo del despido. El artículo 10 de la Directiva 92/85/CE prohíbe el despido por razón de embarazo, maternidad o lactancia y obliga a proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sería ilegal por vulneración de tal prohibición, protección que se dispensa de forma reparatoria mediante la nulidad del despido. El artículo 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea convierte tal protección en un derecho fundamental de alcance europeo, como parte del derecho fundamental a la vida personal y familiar. En este punto podría surgir una duda y es a qué derechos fundamentales se refieren los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y 122.2.a de la Ley de la Jurisdicción Social. Hay que tener en cuenta que en este momento existen dos cartas de derechos fundamentales vigentes y no necesariamente coincidentes, como son el Título I de la Constitución (con sus diferentes categorías de derechos y principios) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, situación ciertamente contradictoria, dado que por su propia naturaleza los derechos fundamentales tienen pretensión de universalidad. A estas dos habría de añadirse la carta de derechos incorporada en el texto de algunos Estatutos de Autonomía (por ejemplo en el título I del Estatuto de Autonomía de Castilla y León aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, o en el título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). Podría por tanto cuestionarse si la nulidad del despido está reservada para la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera del capítulo II de la Constitución o también comprende la vulneración de los derechos adicionalmente recogidos en la Carta europea, cuando ésta sea aplicable. Ese problema tendría relevancia si entendiésemos que la protección frente al despido de la mujer por razón de embarazo, maternidad o lactancia formase parte, como dice el artículo 33.2 de la Carta, de un derecho a la vida familiar que en nuestro ordenamiento pudiera quedar vinculado exclusivamente al artículo 39 de la Constitución. Pero este problema aquí deviene irrelevante si tomamos en consideración la vinculación de la Directiva 92/85/CEE con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, tal y como resulta en primer lugar del artículo 2.2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que nos dice que a efectos de esa Directiva el concepto de discriminación incluye, entre otros supuestos, el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE. Y, especialmente, del hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, a la hora de

interpretar y aplicar el artículo 14 de la Constitución, claramente ha establecido que las diferencias de trato no justificadas por razón de embarazo, maternidad o lactancia son conductas discriminatorias por razón de sexo (por ejemplo, sentencia 92/2008, de 21 de julio). Por consiguiente estamos ante un derecho fundamental cuya vulneración lleva aparejada indudablemente la nulidad del despido. Lo que hemos de ver entonces es cómo han de aplicarse en este caso las normas sobre distribución de la carga de la prueba.

Pues bien, el artículo 10.2 de la Directiva 92/85/CEE, al obligar al empresario a exteriorizar las causas del despido (lo cual, según el Tribunal de Justicia, según hemos visto, incluye la obligación de exteriorizar los criterios de selección en el caso de despidos colectivos), es una obligación instrumental, destinada a garantizar la eficacia del derecho fundamental, puesto que si los criterios de selección aplicados no llegan a ser conocidos, de manera que finalmente se ignore si la elección de la trabajadora en situación protegida ha sido debida a tal situación, habrá que considerar que el empresario no ha logrado superar la carga de la prueba que le incumbe, la cual no solamente derivaría de una situación indiciaria de vulneración con inversión de la carga de la prueba en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y del artículo 96.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, sino del criterio ordinario de distribución de la carga de la prueba en virtud de la facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que es quien ha tomado la decisión de selección de la trabajadora para su despido (la empresa) quien podrá acreditar los criterios aplicados para tal selección, excluyendo con ello que el embarazo, la maternidad o la lactancia hayan formado parte de los mismos. En este sentido el criterio de esta Sala es el siguiente:

a) Si la carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada, pero en el acto del juicio se acredita por la empresa cuáles han sido los criterios aplicados, de manera que los mismos sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales, el despido será improcedente, salvo que sean aplicables las garantías que conducen a la nulidad objetiva a las que a continuación nos referiremos.

b) Si la carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada y en el acto del juicio no se acredita por la empresa cuáles hayan sido los criterios aplicados, de manera que los mismos sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales, el despido será nulo.

En este caso estamos ante el segundo supuesto, por lo que el despido es nulo.

Con ello se hace innecesario el análisis de los criterios de nulidad objetiva de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y 122.2.c, d y e de la Ley de la Jurisdicción Social. No obstante podemos decir al respecto lo siguiente:

a) Aunque en el momento del despido la trabajadora no se encontraba en la situación descrita en el artículo 55.5.a del Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que sí se encontraba en tal situación en el momento de ser seleccionada para el despido, según hemos visto. La norma legal incluye el supuesto en el cual el despido sea “notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos”. Por tanto parece que la intencionalidad del legislador es incluir dentro del periodo de protección tanto la fecha del despido como la fecha en que se adopta la decisión de despido.

b) Además la protección objetiva del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores se basa en un encadenamiento de situaciones protegidas, que pasa del embarazo (“desde la fecha de inicio del embarazo”) hasta la suspensión por maternidad (con las posibles suspensiones por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural) y alcanza hasta nueve meses después del nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor. Esto es, la Ley contempla el desarrollo natural y previsible del

embarazo, que termina con la maternidad y posterior cuidado del menor (lactancia natural en su caso), pero omite regular el supuesto que aquí concurre, del embarazo frustrado por la pérdida del feto. Es por ello dudoso si la protección legal, en base a la finalidad de la norma, debe aplicarse en estos supuestos para alcanzar hasta los nueve meses posteriores a la pérdida del feto por analogía con el supuesto c del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Tales consideraciones las dejamos apuntadas en relación con la interpretación del ámbito de la protección objetiva legal, que posiblemente incluyera también este supuesto, si bien aunque no fuera así la calificación de nulidad del despido sería la correcta por la vulneración de derecho fundamental.

DÉCIMO CUARTO.- Por todo lo expuesto el recurso es estimado. De acuerdo con los artículos 113 y 123 de la Ley de la Jurisdicción Social se debe condenar a Banco CEISS a la inmediata readmisión de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir. Una vez firme la sentencia la trabajadora habrá de reintegrar la indemnización que hubiese recibido por el despido objetivo.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y en nombre del Rey

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Mario Díez-Ordás Berciano en nombre y representación de D^a Constanca contra la sentencia de 9 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Social número uno de León, en los autos número 549/2017. Revocamos el fallo de la misma y, en su lugar, estimamos la demanda presentada, declaramos la nulidad del despido de la actora por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A. (Banco CEISS) y condenamos a esta empresa a su inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir. Una vez firme la sentencia la trabajadora habrá de reintegrar la indemnización que hubiese recibido por el despido objetivo.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm. xxxxxxxx abierta a nombre de la sección 2^a de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número xxxx, código IBAN xxxx, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.