

**RETOS PENDIENTES EN LA PROTECCIÓN DEL EMBARAZO Y
DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA
FAMILIAR Y LABORAL FRENTE AL DESPIDO**

***REMAINING CHALLENGES IN THE PROTECTION OF
PREGNANCY AND THE RIGHTS OF FAMILY AND WORK
CONCILIATION AGAINST DISMISSAL***

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

<https://orcid.org/0000-0002-1510-940X>

Cómo citar este trabajo: Roldán Martínez, A. (2022). Retos pendientes en la protección del embarazo y de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral frente al despido. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), 1–47. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7479>

RESUMEN

La legislación española cuenta con instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas para la protección de la situación de embarazo y de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral que la sitúan entre los Estados más avanzados de nuestro entorno. Las sucesivas reformas legislativas que arrancaron con la Ley 39/1999 y han concluido con el Real Decreto-Ley 6/2019, han reforzado la protección de estos derechos, añadiendo a la tradicional tutela discriminatoria una segunda tutela objetiva y automática que ha mejorado de forma notable las previsiones de las Directivas comunitarias. Sin embargo, la frontera entre ambos tipos de tutela, su configuración jurídica y alcance, así como la correcta identificación de las situaciones protegidas, no resulta del todo clara. Por otro lado, en el caso de mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia natural nuestro

ordenamiento jurídico podría no haber transpuesto correctamente el art. 10.1 de la Directiva 92/85. La revisión de las sentencias recaídas en las distintas instancias judiciales nos permitirá conocer los problemas que en la práctica está planteando la aplicación del segundo párrafo de los arts. 55.5 y 53.4 ET e identificar los retos que quedan pendientes en esta materia.

PALABRAS CLAVE: despido nulo, discriminación por razón de sexo, tutela objetiva y automática, trabajadora embarazada, maternidad, conciliación de vida familiar y laboral, indemnización por daños morales

ABSTRACT

Spanish legislation has legal institutions, instruments and techniques for the protection of the situation of pregnancy and the rights to reconcile family and work life that place it among the most advanced States in our environment. The successive legislative reforms that began with Law 39/1999 and have concluded with Royal Decree-Law 6/2019, have reinforced the protection of these rights, adding a second objective and automatic protection to the traditional discriminatory protection that has improved the provisions of the Community Directives. However, the border between both types of guardianship, its legal configuration and scope, as well as the correct identification of protected situations, is not entirely clear. On the other hand, in the case of a pregnant woman, who has given birth or is breastfeeding, our legal system may not have correctly transposed art. 10.1 of Directive 92/85. The examination of the sentences handed down in the different judicial instances, will allow us to know the problems that the application of the second paragraph of the arts. 55.5 and 53.4 ET and identify the challenges that remain pending in this matter.

KEY WORDS: Null dismissal, sex discrimination, objective and automatic protection, pregnant worker, maternity, balance between work and family life, compensation for moral damages

SUMARIO:

I. Marco legal

II. Tipos de tutela frente al despido

1. La tutela en el ámbito de prevención de riesgos de la mujer embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia

2. La tutela antidiscriminatoria

2.1. Concepto

2.2. Aspectos procesales

3. La tutela objetiva y automática

3.1. Concepto

3.2. Aspectos procesales

3.3. Garantías específicas en los despidos objetivos individuales derivados de despido colectivo

3.4. Sobre la posibilidad de declarar la nulidad automática de oficio

III. Identificación de las situaciones protegidas: los “períodos blindados”

1. El despido de trabajadora embarazada

2. Suspensión del contrato

2.1. El nacimiento y cuidado del menor; la adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, o enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural

2.2. El nacimiento y cuidado del menor; la adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento

2.3. Riesgo durante embarazo o riesgo durante lactancia natural de hijo menor de nueve meses

2.4. Enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural

2.5. La extensión temporal de la tutela objetiva y automática

3. Permisos retribuidos, reducciones de jornada y excedencias

3.1. “Permisos” de los artículos 37.4, 5 y 6 et

3.2. La excedencia prevista en el art. 46.3 et

3.3. La extensión temporal de la tutela objetiva y automática

4. ¿Otras situaciones relacionadas con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral?

IV. Conclusiones

Bibliografía

I. Marco legal

La protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia natural y a las personas que ejercen sus derechos de conciliación de vida familiar y laboral, puede resumirse como sigue:

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

cualquier otra circunstancia personal o social. Resulta evidente que un despido basado en el embarazo de una mujer o relacionado con el hecho de la maternidad es discriminatorio por razón de sexo, pero también los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral tienen una dimensión constitucional, debiendo ser analizados desde la perspectiva del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias familiares (poniendo en conexión el art. 14 con el 39 CE) ¹

- Los arts. 53.4 y 55. 5 ET y los arts. 108.2, 122.2.a) y 124.11 y 124.13 a 3ª) LRJS recogen la tutela antidiscriminatoria, cuando disponen que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

- Los arts. 53.4. párrafo segundo letra b) y 55.5. párrafo segundo letra b) ET disponen que será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), esto es, hasta el inicio de la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado del menor. Añaden ambos preceptos que “ello es de aplicación salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo”. En el mismo sentido, se expresan los arts. 108.2.b), 122.2.d) y 124.13 a. 3ª) LRJS.

- Los arts. 53.4. segundo párrafo letras a) b) y c) y 55.5 segundo párrafo letras a) b) y c) ET prevén que será nula la decisión extintiva “de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos”. La protección se mantiene tras la reincorporación, una vez finalizada la suspensión, ya que también será nula la extinción del contrato “de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento”. Por último, también será nula la decisión extintiva “de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3”. En el mismo sentido, se expresan

¹ Entre la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, cabe aludir a las SSTC 79/2020, de 2 de julio y la 119/2021, de 31 de mayo. La dimensión constitucional de los derechos conciliatorios ha sido subrayada igualmente por la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (STS 2272/2011, de 21 de marzo), reconociendo la garantía contra la lesividad por el ejercicio de derechos conciliatorios, entre otras, las SSTS 84/2017, de 10 enero y 2329/2018, de 25 abril. Por su parte, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha anudado el ejercicio de los derechos conciliatorios a la protección del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y al principio de igualdad (art. 14 del referido Convenio) en la STEDH de 22 de marzo de 2012 -asunto Konstantin Markin c. Rusia.

los arts. 108.2.a) b) y c), 122.2.c), d) y e), así como para los despidos individuales que procedan de un despido colectivo, el art. 124.13 a 3ª) LRJS, si bien, hay que tener en cuenta que los dos primeros mantienen la redacción anterior al Real Decreto-Ley 6/2019², por lo que será necesario acudir a sus homónimos del Estatuto de los Trabajadores.

Estos preceptos incorporan, y en algún caso mejoran, los mandatos de las siguientes normas internacionales y comunitarias:

- Convenios OIT núm. 183, de 15 de junio de 2000, sobre protección de la maternidad; núm. 158, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo y núm. 156, de 23 de junio de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.
- Directivas comunitarias 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); 92/85/CEE, de 19 de octubre, 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 lactancia³ y Directiva 2010/18/UE del Consejo⁴, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, que ha sido derogada y sustituida por la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que la discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, especialmente la derivada de la maternidad o la asunción de obligaciones familiares viene proscrita por los arts. 3, 8 y 44.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, -en adelante, LOI-. El art. 8 afirma que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". El art. 44.1 dispone que "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio". Además, teniendo en cuenta que la mujer, por razones biológicas, es la única persona que puede ser afectada por una decisión discriminatoria por razón de embarazo, y que es un hecho notorio que son las mujeres las que de manera mayoritaria solicitan los derechos de conciliación de vida familiar y laboral, el art. 4 LOI obliga a integrar y observar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, o en expresión que ha terminado por

² Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo).

³ Es una Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

⁴ La Directiva 2010/18/UE del Consejo derogó a su vez la Directiva 96/34/CE.

consagrarse en la doctrina y la jurisprudencia, a interpretar las normas “desde la perspectiva de género”⁵.

II. Tipos de tutela frente al despido

Nuestro ordenamiento jurídico prevé dos tipos de tutela que son comunes para la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y para la protección de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral: una tutela antidiscriminatoria y una tutela objetiva. Respecto de esta última, nuestro ordenamiento ha optado por otorgar idéntica protección, en orden a la calificación del despido, a la situación de embarazo y a los periodos identificados en las letras a) b) y c) del art. 55.5 ET. En consecuencia, la jurisprudencia⁶ referente a los supuestos de despido de la trabajadora embarazada, es plenamente aplicable a estos despidos⁷.

Por su parte, para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, existe una tercera tutela por razón de riesgos laborales en el Derecho comunitario, en la Directiva 92/85/CEE, como a continuación se verá⁸.

1. La tutela en el ámbito de prevención de riesgos de la mujer embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia

Considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su embarazo puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha considerado conveniente establecer en el apartado 1 del artículo 10 de la Directiva 92/85, una prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido. Se trata de una tutela específica por razón de riesgos laborales, para la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que, conforme al art. 2 de la Directiva, exige que, con carácter previo, que la mujer haya comunicado su estado o situación a la empresa.

La STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, “Porras Guisado”, que resolvió la cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Cataluña a propósito de la selección de una

⁵ Recientemente se ha publicado la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE del día 13), aplicable también al trabajo por cuenta ajena y que reitera la prohibición de despidos discriminatorios por razón de sexo.

⁶ Las sentencias se citarán mediante el número de ROJ (número de registro para búsqueda de sentencias en las bases de datos del CENDOJ).

⁷ Como así lo indica la STS 3248/2018, de 20 de julio.

⁸ STSJ CAT 2692/2018, de 26 de abril.

trabajadora embarazada en el marco del despido colectivo de Bankia, aclaró que el art. 10 de la Directiva recoge dos tipos de protección:

- una protección tras el despido y frente a sus consecuencias [una tutela *ex post* reparadora recogida en el apartado 2 y apartado 3 y que en nuestra legislación se ha transpuesto en los arts. 53.4. segundo párrafo b) y art. 55.5. segundo párrafo b) ET, aunque mejorando la regulación] y

- una prohibición preventiva de despedir (tutela *ex ante*) que reviste una especial relevancia en el ámbito de la Directiva 92/85. Para entender este tipo de protección, hay que tener en cuenta que, debido a los graves perjuicios para la mujer y su hijo que supone el riesgo de sufrir un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo.

Por consiguiente, con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del artículo 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado⁹.

La STSJ CAT 2692/2018, de 26 de abril que resolvió el caso sometido a la cuestión prejudicial, interpretó que, efectivamente, en nuestro ordenamiento interno, “no existe una transposición de la directiva en tal contexto, y a lo sumo podemos acudir a normas genéricas, como el art.15 de la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales, que establece como principios básicos, entre otros, los de evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar y adaptar el trabajo a la persona. En este marco preventivo resulta clara la falta de transposición del art.10 de la directiva, pues la Ley 39/99 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar que dice trasponer la Directiva 92/85 en su Exposición de motivos (pfo5), se limita a reformar los arts. 53.4 y 55.5 ET que contemplan la tutela anti discriminatoria frente al despido de la mujer embarazada y la tutela objetiva frente al despido (ambas son tutela *ex post*), pero en ningún momento contempla la prohibición de despedir como riesgo para la salud de la embarazada (tutela *ex ante*), que impone el art.10 de la Directiva 92/85”.

Sin embargo, un sector cualificado de la doctrina considera que nuestra legislación sí tiene remedios preventivos que se sitúan en la línea con la Directiva, ya que no sólo debe tenerse en cuenta que en nuestro Derecho el despido de la trabajadora es nulo, sino también que se encuentra protegida por un sistema de garantía reforzada que, a diferencia de la norma comunitaria, no exige el previo conocimiento por parte del empresario y que actúa de forma automática, a lo que debería unirse la función preventiva que cumple la

⁹ Sostiene la STSJ CAT 2692/2018, de 26 de abril que la falta de efecto directo horizontal de la Directiva no hace sino atribuir a la recurrente, si se dan los requisitos para ello, la "acción Francovich ", por responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del Derecho de la UE.

indemnización derivada de la aplicación del art. 183 LRJS¹⁰. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la Abogado general ya había valorado que nuestra legislación incluía dentro de la protección reparadora del despido de una trabajadora embarazada, la indemnización por daños morales, sin que ello pudiera subsanar “completamente las consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica causadas por el acto improcedente inicial”¹¹.

Lo cierto es que, desde el punto de vista de la salud de la mujer embarazada, no puede equipararse la prohibición de despedir, que evita que se produzca el daño, con una tutela reparadora *ex post*, que, por muy económicamente costosa que pueda llegar a ser para el empresario, siempre exigirá a la trabajadora iniciar un proceso judicial, en la mayoría de los casos muy largo, para obtener la reparación de los daños que ya se han causado (pérdida de salarios solo compensable con una prestación de desempleo de cuantía inferior, dificultad para acceder a otro empleo, pérdida de prestigio profesional y de capacitación profesional...). El examen de las sentencias analizadas en este trabajo revela que la tutela reparadora no está sirviendo para disuadir de los despidos, como sería deseable.

Como puede observarse, la Directiva 92/85/CEE no se decantó por una técnica de protección causal frente al despido desde el inicio del embarazo hasta el fin del permiso por maternidad, sino por una protección puramente temporal, durante el período de referencia¹². Para la protección desde el punto de vista de la causa, se debe acudir a la Directiva 2006/54/CE que trata de evitar la discriminación de la mujer en las condiciones de trabajo. Por tanto, el tratamiento que la Directiva 92/85 da al despido de la trabajadora

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C., (2018), “El ‘plus de riesgo de despido’ de las mujeres embarazadas: ¿‘indemnización disuasoria’ también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 421, pág. 13. BELTRÁN DE HEREDIA, I., critica la sentencia del TJUE, ya que, en su opinión, no había tenido en cuenta la existencia de todos los instrumentos de prevención general previstos en el derecho interno para evitar el despido de trabajadoras embarazadas. De ahí que sus conclusiones podían (o debían) ser matizadas. En concreto, de la lectura de la sentencia parece que el TJUE no tenga en cuenta que en estos casos existe la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios ni tampoco que pueden imponerse sanciones de carácter administrativo (de hecho, ambas medidas no se citan en todo el texto, ni tampoco al inicio de la sentencia, al describir el marco normativo interno). *Vid.* “Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso Porrás Guisado”, Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada del día 1 de junio de 2018. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/> (recuperado el 17 de marzo de 2022).

¹¹ Conclusiones de la Abogado general Sra. Eleanor Sharpston: “Las posibles medidas *a posteriori*, obtenidas tras un período de litigio, tales como una orden de readmitir a la trabajadora embarazada en su puesto, el pago de sueldos atrasados o la concesión de una indemnización por daños y perjuicios pueden ayudar, desde luego, a mitigar las consecuencias de un despido improcedente. No obstante, es intrínsecamente improbable que éstas subsanen completamente las consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica causadas por el acto improcedente inicial.”

¹² POQUET CATALÁ, R., (2020), “Análisis del despido nulo ex Art. 55.5 ET”, *FeMeris*, vol. 5, núm.3, págs. 90-91.

embarazada es el propio de un riesgo para su salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela antidiscriminatoria¹³

Como se verá a continuación, la STJUE “Porras Guisado” ha tenido especial importancia en la calificación de despido objetivo de trabajadora embarazada.

2. La tutela antidiscriminatoria

2.1. Concepto

Este tipo de tutela fue la primera que se consagró en el panorama jurídico, tanto nacional como internacional. Se caracteriza porque requiere la existencia de un acto de discriminación perpetrado por el empresario, pudiendo ser el factor discriminatorio el sexo o las “circunstancias familiares”. La discriminación exige el previo conocimiento del hecho del embarazo o del ejercicio del derecho por el trabajador. Opera durante toda la vigencia de la relación laboral, incluido el período de prueba. Alcanza también a los contratos fijos discontinuos en caso de falta de llamamiento debida a la situación de embarazo de la trabajadora¹⁴.

2.2. Aspectos procesales

Aunque en la demanda de despido se invoque el tratamiento discriminatorio, no se tramitará por el proceso especial de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino que “inexcusablemente” se hará con arreglo a la modalidad procesal de despido, dando carácter preferente a dicho proceso, acumulando en él, según lo dispuesto en el apartado 2 del art. 26 LRJS, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal de despido -art. 184 LRJS-. También se aplicarán las reglas y garantías previstas para el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, incluida la citación como parte del Ministerio Fiscal.

La demanda, además de los requisitos generales para la demanda de despido, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos (que serán el art. 14 CE o, cuando se ha solicitado el ejercicio de un derecho de conciliación, el art. 24 CE) y la cuantía de la indemnización pretendida. En consecuencia, además de la nulidad del despido o cese, y la consiguiente readmisión y abono de los salarios de tramitación, el despido discriminatorio origina una indemnización adicional en función tanto del daño moral “unido a la vulneración del

¹³ Como así indica la STSJ CAT 2692/2018, de 26 de abril. Así lo hace la STJUE (Gran Sala) de 26 febrero 2008, asunto C-506/06) “Sabine Mayr”, donde declara inaplicable la Directiva 92/85 a un caso de fecundación *in vitro* por no existir embarazo antes de la transferencia de los óvulos, pero considera que existe discriminación por razón de sexo al producirse el despido por dicha circunstancia, pues el embarazo que se pretende es una circunstancia biológica exclusiva de la mujer. Sin embargo, sí aprecia discriminación directa por razón de sexo, porque, aunque es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres.

¹⁴ STSJ ICAN 1320/2017, de 6 de junio.

derecho fundamental”, como de los daños y perjuicios adicionales materiales causados por lucro cesante y daño emergente (arts.182 y 183 LRJS).

El daño material ha de ser objeto de prueba, sin que surja de manera automática, siendo precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo, y que los mismos resulten acreditados. Sin embargo, la indemnización por daños morales procede en todo caso, siempre que el juez concluya que el despido ha sido discriminatorio (STC 61/2021, de 15 de marzo), en el bien entendido que el juez o tribunal no pueden aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada discriminación, cuando la parte actora no lo pide ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación o de casación para la unificación de la doctrina (STS 889/2022, de 8 de marzo).

Debido a la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste, se ha considerado que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada (STS 830/2022, de 23 de febrero). En este punto, la valoración realizada por el órgano de instancia posee especial cualificación, de modo que el importe de resarcimiento fijado prudencialmente por éste únicamente debe ser corregido o suprimido “cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable” (STS 809/2015, de 2 de febrero). Es cierto que se viene admitiendo la utilización de las cuantías que para las sanciones laborales se establece en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social -en adelante, LISOS- (admitida por la STC 247/2006, de 24 de julio), pero ello no impide que la sentencia opte por otra cantidad indemnizatoria, con o sin apoyo en otra norma, como puede ser el baremo de accidentes de trabajo, siempre y cuando la sentencia explique las razones que llevan a tal cuantía¹⁵. Si se acude a la aplicación analógica de la LISOS, hay que insistir en que dicha norma actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, etc.) -STS 3908/2017, de 5 de octubre-.

Lo más habitual es aplicar por analogía la sanción prevista para la infracción muy grave en materia de relaciones laborales consistente en la discriminación por razón de sexo (art. 8.12 LISOS)¹⁶. Además, como circunstancias que pueden atenuar o agravar la graduación

¹⁵ STSJ CAT 4520/2016, de 6 de mayo. En el caso concreto se reconoció una indemnización de 15.355,99 € calculada de acuerdo con el baremo de accidentes de tráfico vigente en el momento de los hechos (rebaja la pretensión inicial de la demanda que solicitaba 30.000 €). La Sala considera que es correcta y acorde con la ley la decisión de la sentencia de condenar al pago de indemnización por daño, por más que en la misma no se concretara si lo era por daño material o moral. En todo caso el daño material quedó resarcido con la condena al pago de la diferencia entre la prestación de incapacidad temporal y el salario ordinario, y con la obligación de readmisión en el mismo puesto y condiciones de trabajo.

¹⁶ La cantidad que con más frecuencia se reconoce por los tribunales es la de 6.250 euros, equivalente al importe mínimo del grado mínimo de las sanciones prevista para las faltas muy graves en el art. 40. Sin

aplicable a la infracción cometida, el art. 39.2 de la LISOS, recoge un listado de criterios, entre otros la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor o la cifra de negocios de la empresa¹⁷. Si la empresa hubiese sido condenada previamente por hechos similares, sería una circunstancia que pese a no estar reflejada en el art. 39 LISOS, podría ser valorada por el juez para elevar la cuantía de la indemnización¹⁸.

Hay que tener en cuenta que, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, tras la reforma llevada a cabo por Ley 10/2021, de 9 de julio, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS¹⁹. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Entre dichas circunstancias, la STS 1605/2022, de 20 de abril ha indicado a modo orientativo las siguientes: la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido²⁰. Es importante añadir a las anteriores

ánimo exhaustivo, cabe citar las SSTSJ M 3136/2021 de 18 de junio; M 6859/2021, de 18 de junio; GAL 1431/2021, de 16 de abril; CANT 361/2019, de 9 de julio; PV 597/2017, de 14 de febrero; AS 347/2017, de 14 de febrero y M 1061/2017 de 26 de enero. -en la actualidad, se ha elevado a 7.501 euros- No faltan sentencias que fijan cuantías superiores. Así, en la STSJ GAL 6310/2019, de 7 de noviembre, la condena fue de 12.000 €, cuando la demandante había solicitado 30.000€.

¹⁷ Como explica TODOLI SIGNES, esta última circunstancia es relevante a efectos de la tutela preventiva de la indemnización que establece el art. 183.2 LRJS y que también deriva del art. 10 LISOS. En efecto, si uno de los objetivos de la indemnización es prevenir actos discriminatorios, para que cumpla esta función, es necesario que se tenga en cuenta, de un lado la gravedad de la conducta y sus repercusiones en el trabajador, y de otro lado, la capacidad económica de la empresa para evitar que la conducta vulneradora “le salga suficientemente rentable como para repetirla”. *Vid.*, TODOLI SIGNES, A., (2021), “Indemnización adicional siempre que hay vulneración de DDFF. ¿Cómo la calculamos?”, Blog *Argumentos en Derecho Laboral*, entrada del 23 de junio de 2021, disponible en <https://adriantodoli.com/2021/06/23/indemnizacion-adicional-siempre-que-hay-vulneracion-de-ddff-y-como-la-calculamos/> (Recuperado el 26 de marzo de 2022).

¹⁸ STSJ PV 1537/2018, de 17 de julio. Otro ejemplo interesante es el de la STSJ AND 3607/2017, de 9 de marzo, donde una trabajadora fue despedida debido a las bajas por tratamientos de fecundación *in vitro*. La indemnización de 3000 euros fijada en la sentencia, se consideró adecuada y proporcionada al daño moral sufrido, ya que la actora perdió su puesto de trabajo por causas disciplinarias, lo que resultó perjudicial para el buen nombre de la empleada, por sus deseos e insistencia en ser madre, aún a costa de tratamientos de fertilidad, que ocasionaron bajas laborales que determinaron su cese en el trabajo por causa de la maternidad, hecho que está vinculado a la condición de mujer de la actora.

¹⁹ Con anterioridad, la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros.

²⁰ En la STSJ PV 765/2019, de 5 de febrero, la Sala, en ausencia de otras agravantes, tomó en consideración el volumen de la cifra de negocios y de la empresa y la base estadística de la distribución de géneros en la empresa, condenando a pagar 10.000 € (rebajando la petición inicial de 35.000 €). La STSJ CANT

circunstancias, las reflejadas en la STS 830/2022, de 22 de febrero que, además de la horquilla de la LISOS, tiene en cuenta también el salario del trabajador, y, el hecho de que, en el despido nulo, la reincorporación y los salarios de tramitación hacen que la vulneración del derecho fundamental sea reparada en cierta medida (lo que justificaría que una indemnización por daño moral pueda ser inferior en un despido nulo a la de un despido improcedente)²¹.

No deberían considerarse adecuadas, sin embargo, las indemnizaciones inferiores a las cuantías establecidas para faltas muy graves²².

Continuando con los aspectos procesales, entrará también en juego la desviación de la carga de la prueba, de modo que la persona trabajadora deberá aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a una discriminación por embarazo o a circunstancias relacionadas con el mismo, como puede ser un aborto (STSJ ICAN 3137/2021, de 14 de diciembre), o con el ejercicio de los derechos de conciliación. Sobre la demandada recae la carga de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art.13 LOI, arts. 94 y 181.2 LRJS). A la hora de acreditar la verdadera causa del despido, la empresa no está limitada por el concreto contenido de la carta remitida al trabajador, pues lo que se dispone en el artículo 105 LRJS es una limitación de alegación de hechos y prueba para defender la procedencia del despido, pero de lo que se trata en el artículo 96.1 LRJS no es de acreditar que el despido es procedente, sino que el mismo no es nulo pese a lo alegado por el trabajador demandante. De esta forma, la nulidad podría ser combatida por el empleador y obtener una declaración de improcedencia, mediante la alegación de la existencia de un motivo objetivo y razonable de despido, ajeno por completo a todo móvil discriminatorio, con tal de que aporte un principio de prueba que el juzgador estime adecuado para desvirtuar el indicio de discriminación, aunque carezca de entidad suficiente para confirmar la procedencia del despido (STSJ M 7142/2017, de 22 de mayo).

En estos procesos, pues, en función del éxito de la prueba desarrollada por el empresario, cabrían tres tipos de calificaciones: la procedencia (si se acreditan las causas invocadas en la carta y se han cumplido los requisitos formales), la improcedencia (si el empresario

616/2022, de 17 de junio, aplica ya la STS 1605/2022 y establece una indemnización de 25.000 euros, pues, se toma en consideración que la recurrente solicitaba 25.000 euros, la máxima del grado mínimo, la duración de la relación laboral entre las partes (más de trece años), y el incontrovertido conocimiento empresarial de la suspensión de su contrato por nacimiento de su hijo.

²¹ La STSJ ICAN 1320/2017, de 6 de junio aplicó la cuantía equivalente a la sanción por falta grave y consideró que la cuantía de 3000 € era suficiente para resarcir el daño moral de la actora, habida cuenta del abono también de salarios de tramitación y la falta de acreditación de daños y perjuicios concretos. También valora la existencia de salarios de tramitación, para imponer la sanción por falta muy grave en su grado mínimo, la STSJ CAT 2187/2022, de 4 de abril (que tuvo también en cuenta la escasa duración de la relación laboral).

²² ALAMEDA CASTILLO, M.T., (2021), (“Hay más que nulidad objetiva en el despido por embarazo: la tutela constitucional exige indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2021, de 18 de junio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 465, pág. 153) considera que parece oportuna la normalización judicial de la aplicación de la sanción correspondiente a una infracción muy grave “y no tiene cabida la subestimación del daño discriminatorio asociado a la maternidad aplicando sanciones inferiores, como 2.000 o 3.000 €”.

consigue desvirtuar el indicio de discriminación, pero no llega a probar la causa invocada en la carta o bien la comunicación no ha cumplido los requisitos formales) y la nulidad (cuando el empresario no ha conseguido aportar una justificación objetiva y razonable ajena al hecho del embarazo o del factor discriminatorio).

En relación con el despido objetivo, el art. 53.4 primer párrafo ET dispone que la autoridad judicial deberá hacer la declaración de nulidad “de oficio “. Llama la atención que una cuestión procesal como esta no haya sido reflejada en la ley reguladora de la jurisdicción social, ni tampoco en el art. 55.5. Lo razonable es interpretar que en el despido disciplinario también deberá declararse de oficio la nulidad, cuando sea lo adecuado en atención a la *causa petendi*. Al respecto hay que recordar que el Tribunal Supremo, entre otras en la STS 1840/2005, de 23 de marzo, aclaró que, “cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia de despido aunque se haya solicitado la nulidad por cuanto dentro de la acción de despido cabe hacer una u otra calificación de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el art. 55 ET, correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo”.

Para finalizar, partiendo de la base de que, como regla general, en los procesos de despido, el juez o tribunal primero analizan el cumplimiento de los requisitos formales, el legislador invierte el orden de la fundamentación jurídica y establece que “el juez se pronunciará sobre la existencia o no de discriminación, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo” (art. 108.3 LRJS), lo que exige analizar en primer lugar el fondo del asunto y posteriormente los aspectos formales.

3. La tutela objetiva y automática

3.1. Concepto

Se regula en los arts. 55.5 segundo párrafo y 53.4 segundo párrafo ET y en los artículos correspondientes de la LRJS. Se trata de un tipo especial de protección que conduce a la calificación del despido como nulo por “automatismo legal”. Su naturaleza jurídica es de una acción positiva, permitida por el art. 11.1 LOI, y basada en el embarazo mismo, con independencia de su conocimiento por el empresario (SSTS 6593/2008, de 17 de octubre²³), o en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, circunstancia esta que en la mayoría de los casos sí será conocida por el empresario. El embarazo puede ser incluso desconocido por la propia mujer en el momento del despido y, por ejemplo, evidenciarse como consecuencia de un aborto espontáneo sufrido con

²³ Desde la STS 6593/2008, de 17 de octubre 2008, nuestro Alto Tribunal, siguiendo el criterio de la STC 92/2008, ha declarado el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido -no justificado- de la trabajadora se produzca estando la misma gestante, aunque el empleador no tenga conocimiento del embarazo (entre otras, SSTS 852/2009, de 16 de enero; 1741/2009, de 17 de marzo; 2434/2009, de 13 de abril; 3253/2009, de 30 de abril; 3400/2009, de 6 de mayo; 4405/2017, de 28 de noviembre y 61/2022, de 11 enero).

posterioridad a dicha fecha²⁴. Ante las dudas iniciales que planteó la letra b), las STSS 1756/2017, de 18 de abril y 89/2018, de 11 de enero, aclararon que el despido injustificado de trabajadora con reducción de jornada para el cuidado de familiar también es nulo y que la garantía que establece la regulación de los despidos disciplinarios y objetivos para estos trabajadores es objetiva y automática, y ha de operar al margen de cualquier móvil discriminatorio²⁵.

La nulidad objetiva del despido por embarazo fue introducida en el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995 por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras²⁶. La Exposición de Motivos justificó la modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de extinción del contrato de trabajo -declarando nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demostrase su procedencia por causa ajena a la discriminación- en la necesaria efectividad del principio de igualdad por razón de sexo, así como en la transposición de la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, así como la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. Como ha recordado la reciente STS 61/2022, de 11 enero, la génesis de esta regulación se funda en la necesidad de salvaguardar la efectividad del derecho a la igualdad por razón de sexo.

Posteriormente, sería modificado por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, cuyo preámbulo determina que, partiendo del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres como derecho básico de las personas trabajadoras "es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo".

De todo ello cabe deducir que la introducción en nuestro ordenamiento del apartado a) del art. 55.5 del ET, como ocurrió con los apartados b) y c) del mismo precepto, "tiene por objeto el establecimiento de una protección reforzada para los supuestos de extinción del contrato de trabajo frente a la discriminación por razón de maternidad o paternidad, o ejercicio de derechos conciliatorios derivados de estas, en directa conexión con el principio de igualdad por razón de género". Tratándose de mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la Ley 39/1999 introdujo dos mejoras sustanciales, ya que, a diferencia de la Directiva, la protección se otorga aunque la trabajadora no haya comunicado su situación ni el empresario lo conozca (SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo), y porque la nulidad puede declararse incluso cuando resultan probadas las causas del despido, éstas son ajenas al hecho del embarazo, pero el

²⁴ STSJ CAT 6714/2015, de 22 de junio.

²⁵ *Vid.*, también, STSJ PV 3849/2016, de 8 de noviembre.

²⁶ BOE del día 6 de noviembre.

empresario ha incumplido los requisitos formales. Es decir, no se limita a los despidos injustificados.

Atendiendo, precisamente, a la génesis del art. 55.5 segundo párrafo ET, como se verá más adelante, algunas sentencias de suplicación consideran que todo despido nulo por nulidad objetiva es también automáticamente un despido discriminatorio. Una segunda doctrinal judicial, representada por la STSJ PV 698/2022, de 1 de febrero, concluye que se trata de una categoría distinta a la de los despidos nulos existentes hasta entonces, determinados por obedecer a un móvil discriminatorio o producirse con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del despido. Si bien con la nueva categoría, en su mayor parte, se protegería a las trabajadoras en situación de embarazo o de disfrute de derechos vinculados a su reciente maternidad y que, con ello, se mejoraría la protección de quienes, por esas circunstancias, estén en situación proclive a que su despido obedezca a un móvil discriminatorio, su finalidad no sería ésa sino la de salvaguardar los derechos destinados a conciliar la vida familiar con la laboral y, aunque ciertamente, se convierte en medida muy útil para mejorar la protección contra la prohibición de discriminación por razón de sexo, “en sutil paradoja, se hace configurando una causa de nulidad del despido desvinculada de ese móvil, de tal forma que opera cuando concurren las circunstancias determinantes de esa nulidad (causa extintiva aducida por el empresario sin fundamento legal y situación de embarazo o disfrute de alguno de esos derechos), incluso aunque se demuestre que el móvil empresarial es ajeno a la discriminación prohibida”. Las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2008 y 124/2009, al considerar irrazonable una lectura del art. 55.5.b) ET que exija el conocimiento empresarial del embarazo para que proceda la nulidad del despido, habrían arrumbado con la tesis que sostenía que este tipo de nulidad del despido obedecía a causa discriminatoria, máxime cuando se ubica en un párrafo distinto al del despido por móvil discriminatorio y agrupado a causas totalmente ajenas a conducta discriminatoria (por ejemplo, si el despido es un padre adoptante)²⁷.

De la solución que se adopte respecto del carácter automáticamente discriminatorio de este tipo de despidos, depende, a su vez, la respuesta relativa al carácter también automático de la indemnización complementaria por daños morales, cuestión que resulta especialmente problemática y sobre la que todavía no existe una jurisprudencia totalmente clara del Tribunal Supremo. En la actualidad, se pueden identificar tres corrientes judiciales:

²⁷ SÁNCHEZ PÉREZ, J., (2020) (“Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 453, pág. 130), identifica dos líneas argumentativas en las SSTC 92/2008 y 124/2009, en la que se matiza la distinción entre los supuestos donde el despido obedece al embarazo (móvil discriminatorio) y aquéllos donde el despido coincide en el tiempo con el embarazo de la trabajadora, sin que ello sea conocido por la empleadora. “En el primer de los casos, la declaración de nulidad radical del despido aparece vinculada a la infracción del artículo 14 de la CE, en tanto que se incurre en discriminación por razón de sexo; mientras que, en el segundo caso, la nulidad se vincula con la nueva tutela objetiva introducida por la Ley 39/1999, determinante de la modificación del artículo 55.5 b) del ET”.

- Un primero grupo de sentencias, se muestra favorable, por considerar que existe una *presunción iuris et de iure* de discriminación en todo despido sin causa de trabajadora embarazada, aunque el empresario desconozca el hecho del embarazo²⁸. De esta forma, la falta de conocimiento del embarazo no afectaría a la calificación del despido como discriminatorio, aunque sí a la determinación del *quantum* indemnizatorio²⁹. Un sector de la doctrina judicial ha aplicado esta interpretación en el caso de ejercicio de derechos de conciliación³⁰. De acuerdo con esta corriente, la indemnización por daños morales atendería también a la función preventiva de evitar futuros despidos injustificados de trabajadores que se encuentren en las situaciones protegidas³¹. Ahora bien ¿qué función preventiva puede cumplir la indemnización, cuando el despido se declara nulo por incumplimiento de requisitos formales (ej: por error inexcusable en la indemnización³²), pese a que las causas del despido resulten probadas, o, cuando es un cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo que obliga a declarar que la extinción es un despido injustificado³³ ¿cómo se puede disuadir al empresario de despedir

²⁸ SSTSJ M 6859/2021, de 18 de junio; PV 1950/2018, de 12 de junio, que ha sido confirmada por la STS 61/2022, de 11 de enero (pese a que la Sala cuarta no se pronuncia sobre la procedencia de la indemnización ya que no formaba parte de los términos del debate), M, 1061/2017, de 26 de enero. Se muestran favorables a esta interpretación y GAL 3127/2021, de 7 de mayo (fija indemnización de 15.000 euros). ALAMEDA CASTILLO, M.T., (2021), *op.cit.*, pp. 141-153; MOLINA NAVARRETE, C., (2018), “El ‘plus de riesgo de despido’ de las mujeres embarazadas: ¿‘indemnización disuasoria’ también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 421, pp. 134-142; BELTRÁN DE HEREDIA, I., (2022), “Nulidad objetiva por maternidad e indemnización complementaria”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-nulidad/#ocom> (recuperado el 13 de julio de 2022).

²⁹ Así, en la STSJ PV 1950/2018, de 12 de junio, se impuso la indemnización equivalente a la sanción prevista en la LISOS por falta muy grave en su grado medio (y no en el máximo), porque se tuvo en cuenta, por un lado, la falta de conocimiento de la empleadora de la circunstancia de embarazo de la trabajadora y la falta de alumbramiento. En la STSJ CANT 616/2022, de 17 de junio, se valoró el conocimiento del embarazo, junto con la duración del contrato, para imponer una indemnización de 25.000 euros. MOLINA NAVARRETE, C., (2018), *op.cit.*, pág. 141, también considera que la voluntad de querer o no causar el daño, “será relevante, pero no para determinar la responsabilidad indemnizatoria a los efectos disuasorios, sino para fijar su cuantía, al igual que otras circunstancias concurrentes (daños patrimoniales, daños a la salud probados, etc.)”.

³⁰ SSTSJ AND 22/2020, de enero, AND 2604/2022, de 27 de abril y CAT 2967/2022, de 7 de marzo. Esta última condenó al abono de una indemnización complementaria de 7.000 €. Llama la atención que, pese a tratarse de un varón, la Sala justifica la procedencia de la indemnización en la normativa comunitaria protectora de la maternidad. Estima que el art. 55.5 ET, “norma de mejora de la Directiva 92/1985, debe llevar a entender que la mera nulidad readmisión-salarios de trámite no satisfacen los daños creados en tales despidos y por ello la respuesta resarcitoria ex art. 183.2 LRJS queda condicionada en su obligado y automático reconocimiento tanto por su dimensión constitucional y comunitaria -igualdad de oportunidades- como por la necesidad de una medida de mayor eficacia preventiva del riesgo de despido de los trabajadores/as que hayan solicitado o estén disfrutando de medidas de reducción de jornada o excedencia para la conciliación de la vida familiar y laboral”.

³¹ STSJ CANT 616/2022, de 17 de junio.

³² Como ocurrió en el caso analizado en la STSJ CANT 616/2022.

³³ Como ocurre en las SSTSJ PV 936/2022, de 7 de marzo de 2022 y CAT 6714/2015, de 22 de junio 2015. En la STSJ PV 936/2022 se había celebrado un contrato para obra o servicio determinado vinculado a una contrata. El cambio de Jurisprudencia en esta materia obligó a calificar la extinción como despido injustificado y, por tanto, nulo. Por este motivo, y porque la trabajadora pasó su embarazo en la empresa sin ningún problema, la Sala rechaza la condena al abono de indemnización por daños morales. En la STSJ CAT 6714/2015 se declaró nula la extinción del contrato de interinidad por vacante por amortización de la

injustificadamente a trabajadoras embarazadas si desconoce que lo están? Ante la imposibilidad de conocer el hecho del embarazo, salvo que se encuentre avanzado, esta interpretación llevaría al empresario a evitar el despido de todas las mujeres en edad fértil.

Se ha alegado también³⁴ que, conforme a la doctrina del TC sobre la relevancia de la voluntad de discriminar (STC 2/2017, de 16 de enero y, más recientemente, STC 119/2021, de 31 de mayo) “la vulneración de los derechos fundamentales puede darse, aunque no exista intención lesiva. (...) Lo único relevante es que el contenido esencial, [...], haya resultado o no menoscabado. Lo cual, traducido al ámbito que nos ocupa de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), supone que bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora”. En las sentencias analizadas, sin embargo, el hecho del embarazo y de la maternidad eran hechos conocidos y sí estuvieron en la base de la decisión del empleador y del consiguiente trato peyorativo, aunque no existiera voluntad de discriminar. Difícilmente, un hecho que se desconoce puede estar en la base de un trato peyorativo.

Finalmente, otro argumento a favor del reconocimiento de una indemnización complementaria es la necesidad de interpretar las normas desde la perspectiva de género³⁵).

- En contra, otro grupo de sentencias interpretan que no procede la condena a indemnización por daños morales, salvo que se acredite la intención discriminatoria del empresario, lo que, para empezar, exige la prueba del conocimiento por parte de éste de la situación de embarazo³⁶. Conforme a esta interpretación, por la que nos inclinamos, la nulidad reconocida lo es por disposición legal, objetiva y de carácter automático no por el hecho de que exista discriminación sin que la dimensión constitucional que la conciliación familiar ostenta determine, sin más y como se pretende, la existencia de violación de un derecho fundamental que debe ser debidamente acreditada³⁷.

- Un tercer grupo de sentencias, anuda la indemnización de forma automática a todo supuesto de despido nulo objetivo, pero siempre y cuando el empresario conozca el embarazo³⁸. Téngase en cuenta que a diferencia del embarazo, que puede permanecer oculto para el empresario e incluso para la misma trabajadora, en los supuestos de

vacante, porque no se canalizó a través de un despido del art. 52.c), como era exigible a partir de la STS 24 de junio 2014.

³⁴ STSJ CANT 616/2022, de 17 de junio.

³⁵ STSJ CANT 616/2022, de 17 de junio.

³⁶ SSTSJ PV 765/2019, de 5 de febrero; AS 2585/2020, de 10 de noviembre; M 9017/2020 de 23 de julio - firme tras ATS 16205/2021 de 17 de noviembre-; CAT 6314/2021, de 21 de junio y PV 936/2022, de 7 de marzo. Mantienen esta interpretación en relación con el ejercicio de derechos de conciliación de vida familiar y laboral las SSTSJ CL 5512/2015, de 18 de noviembre; CAT 3715/2015, de 30 de marzo; M 2098/2021, de 19 de febrero, firme tras ATS 3567/2022, de 8 de marzo; M 7184/2020, de 18 de mayo; CAT 8836/2021, de 21 de octubre; CAT 8865/2021, de 11 de octubre y BAL 209/2022, de 15 de febrero.

³⁷ SSTSJ M 7184/2020, de 18 de mayo; PV 936/2022, de 7 de marzo; GAL 3733/2022, de 12 de mayo - ponente José Fernando Lossada Arecheta- y STSJ CAT 8865/2021, de 11 de octubre.

³⁸ STSJ CAT 1378/2022, de 22 de febrero.

suspensión del contrato o de disfrute de los derechos de conciliación, la destrucción de los indicios de discriminación puede resultar un poco más compleja, ya que dicho conocimiento sí existe.

Como puede observarse, incluso dentro de un mismo tribunal, se sostienen interpretaciones contradictorias. Por otro lado, en un alto porcentaje de sentencias, la Sala no se pronuncia sobre el carácter automático de la indemnización, dado que es solicitada en la demanda con base en la infracción del art. 14 CE, razón por la cual la sentencia sí entra a valorar si existen indicios de discriminación³⁹.

La nulidad objetiva es un tipo especial de protección que exige un acto previo de “despido”, es decir, no procede en los supuestos de extinción del contrato temporal del art. 49.1.c) ET⁴⁰, de no renovación de contrato temporal o de no contratación indefinida tras un previo contrato temporal⁴¹ o de no contratación por la empresa entrante⁴². Estos supuestos deben reconducirse a la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, sí se aplica en caso de contratos temporales celebrados en fraude de ley o de conversión en indefinidos por contratación temporal sucesiva⁴³, o de extinción anticipada de contrato temporal⁴⁴, siendo la de nulidad, la única calificación posible.

Además, 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 despido⁴⁵. Esta aclaración es especialmente importante para los despidos colectivos, donde no es infrecuente que se condicione el despido a la aceptación por el trabajador de una modificación de sus condiciones de trabajo (movilidades geográficas, baja y contratación por otra empresa del grupo...)⁴⁶.

³⁹ Sirve de ejemplo la STSJ CAT 2187/2022, de 4 de abril que declara nulo el despido por dos motivos. En primer lugar, se considera celebrado en fraude de ley el contrato concertado entre la ETT y la empresa usuaria, ya que atendía a necesidades estructurales de esta última, lo que provoca la nulidad objetiva del despido ex art. 55.5 segundo párrafo b) ET. En segundo lugar, para valorar si procede el abono de indemnización por daños morales se tiene en cuenta que la empresa usuaria quería contratar a uno de los dos trabajadores en misión y que constituían indicios de discriminación el que el responsable de contratación hubiese apuntado en el *curriculum vitae* que el trabajador estaba casado, que tenía una niña y que en fechas próximas sería de nuevo padre.

⁴⁰ SSTSJ AND 2331/2022, de 3 de marzo; CAT 10263/2021, de 5 de noviembre e ICAN 3335/2017, de 18 de octubre de 2017.

⁴¹ SSTSJ ICAN 2708/2020, de 4 de diciembre y EXT 1522/2012, de 27 de septiembre.

⁴² STSJ AND 2460/2022, de 6 de abril.

⁴³ SSTSJ AS 347/2017, de 14 de febrero; M 9017/2020 de 23 de julio, firme tras ATS 16205/2021 de 17 de noviembre; 4238/2022, de 3 de mayo; CAT 4235/2022, de 10 de mayo y GAL 3733/2022, de 12 de mayo.

⁴⁴ STSJ AS 766/2018, de 6 de marzo.

⁴⁵ SSTJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, “Pujante Rivera”, y 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16, “Ciupa y otros”.

⁴⁶ Resulta ilustrativa la STSJ CL 1464/2018, de 28 de mayo. Durante el embarazo de la trabajadora y en situación de baja por riesgo para el feto, 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

Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁴⁷, esta protección opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba, tal como señala en el segundo párrafo del art.14.2 ET, conforme al cual “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. Por si pudieran existir dudas sobre el alcance de la reforma, la STS 61/2022, de 11 de enero de 2022 (FJ 4,) -antes del Auto aclaratorio 1924/2022, de 14 de febrero de 2022-, ratificaba la idea de que la nulidad objetiva del art. 55.5 ET se ha extendido al desistimiento en período de prueba.

Dado que el período de protección se extiende hasta el comienzo del período de suspensión del art. 48.4 ET, la tutela objetiva alcanza a las bajas por IT causadas por el embarazo y a la baja por riesgo durante el embarazo, pero no a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor, ya que la STC 173/2013, de 10 de octubre rechazó la aplicación analógica del art. 55.5 segundo párrafo ET. El art. 14.3 segundo párrafo ET se limita a decir que “las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”. Al respecto y en relación con un desistimiento producido durante la baja por IT del trabajador, la STS 5912/2012, de 12 de julio interpretó que, del tenor literal de la ley, no se deduce que la voluntad del legislador implicase que la suspensión del periodo de prueba impida a la empresa extinguir el contrato del trabajador. No obstante, tratándose de trabajadora de baja por nacimiento y cuidado del menor y, el desistimiento del empresario no es libre, de modo que, ante la falta de previsión expresa del art. 14, que no contiene un precepto semejante al art. 55.5.a) ET, se aplicaría la tutela

criterios de selección pactados en el periodo de consultas. Por tanto, la decisión empresarial de seleccionar a la trabajadora para su despido se produjo durante la situación de embarazo. La Sala aprecia que, aunque cuando se notificó el despido definitivo, la trabajadora estaba de baja por IT debida a aborto, aquél tuvo lugar realmente en el momento de la primera notificación, momento en el que la trabajadora sí se encontraba embarazada.

⁴⁷ BOE de 7 de marzo de 2019.

antidiscriminatoria⁴⁸. Esta tutela también se aplicará a otras circunstancias coincidentes con el ejercicio de los derechos de conciliación⁴⁹.

3.2. Aspectos procesales

La modalidad procesal adecuada es la de despido disciplinario o la de extinción del contrato por causas objetivas, pero en este caso no se aplicarán las garantías previstas para el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, a no ser que se alegue, además, que el acto extintivo es discriminatorio o que ha vulnerado un derecho fundamental. Por lo tanto, no es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal ni juega la regla de la desviación de la carga de la prueba⁵⁰. Paradójicamente, esta nueva categoría de despido proporciona a la trabajadora (también en algunos casos al trabajador), una tutela judicial efectiva más enérgica que la actual y ordinaria en el ámbito de la discriminación genérica, por cuanto se dispensa la carga de prueba y acreditación de indicios sobre la conculcación del derecho fundamental a la igualdad u otros, y se exime de prueba respecto del conocimiento o no de determinadas circunstancias (embarazos, guardas, paternidades, riesgos, lactancias u otros), que se circunscriben a los denominados períodos de nulidad objetiva⁵¹. Bastará con que se indique en la demanda el hecho objetivo de la circunstancia indicada en el art. 55.5, el cual deberá figurar entre los hechos probados en la sentencia.

La sentencia declarará la nulidad, salvo que se declare la procedencia (substantiva y formal) del despido por “motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados”, de modo que, a diferencia de los despidos discriminatorios, no es posible la declaración de improcedencia por la alegación de motivos objetivos y razonables no suficientemente probados⁵². En caso de despidos plurales o de varios despidos objetivos individuales procedentes de un despido

⁴⁸ De la misma opinión es XOLÁ I MOLLENS, A., (2020), “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, *IUSLabor*, núm. 1, pág 25. Recordemos que la STC 173/2013, de 10 de octubre interpretó que la nulidad objetiva del art. 55.5 segundo párrafo letra b) no era extensible a los supuestos de desistimiento durante el período de prueba, “dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba”. Estos mismos argumentos deben llevar a rechazar la aplicación analógica de los apartados a) b) y c) de dicho precepto al período de prueba, fuera del caso de embarazo, previsto expresamente ya en el art. 14 ET.

⁴⁹ Por ejemplo, en la STSJ GAL 1787/2022, de 9 de marzo, se produjo desistimiento en período de prueba tras comunicar el trabajador que era el cuidador principal de su hija y que debía ausentarse del trabajo porque debía estar en cuarentena COVID. Se califica de despido nulo por discriminación ya que la extinción tuvo como motivo su condición de cuidador principal.

⁵⁰ El empresario no tiene que hacer frente a una desviación de la carga de la prueba, “pero sí que se le requiere un esfuerzo probatorio adicional, como es probar la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar” indicados en el art. 55.5 ET. *Vid.*, FOLGUERA CRESPO, J.A., (2011) “De las modalidades procesales”, en, AA.VV. (Folguera Crespo, J.A., Salinas Molina, F., y Segoviano Astaburuaga, M.L., dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social*, “Lex Nova”, pág. 454.

⁵¹ STSJ PV 698/2022, de 1 de febrero.

⁵² STSJ M 7142/2017, de 22 de mayo de 2017.

colectivo, puede darse la circunstancia de que, en atención a la situación particular de cada trabajador, unos despidos sean declarados improcedentes y otros, nulos⁵³.

En todo caso, el reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario bien sea en el momento de comunicar el despido o en el acto de conciliación o juicio, produce automáticamente la consideración del despido como nulo⁵⁴. Lo mismo ocurrirá si la parte demandada no comparece al acto del juicio, ya que no tendrá la posibilidad de probar la procedencia del despido⁵⁵. Se calificará también como nulo, cuando responda a faltas cometidas por la trabajadora, que no revistan la gravedad suficiente para justificar un despido⁵⁶.

¿Qué se pueden considerar “motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia”? Dado que la nulidad sólo se evita si el despido se declara procedente, tales motivos deben ser los legales e indicados en la carta de despido⁵⁷.

⁵³ Es el caso analizado en la STS 5672/2014, de 19 de diciembre de 2014, aclarada por ATS 2656/2015, de 17 de febrero de 2015. En ella se resolvió sobre el cese de 35 promotores de empleo del SAE que habían sido contratados en el marco del mismo Plan extraordinario bajo la modalidad de obra o servicio determinado, cuya relación finalizó el 30 de junio de 2012 por causas similares. Disconformes con la decisión extintiva, presentaron demanda por despido que fue desestimada en la instancia y en suplicación. La sentencia de esta Sala acogió el recurso de casación unificador interpuesto por los trabajadores argumentando que durante la vigencia de su relación habían desarrollado tareas habituales y permanentes que no podían constituir el objeto de un contrato para obra o servicio determinado. Estimó, por ello, las demandas, dictando auto de aclaración en el que en lo que ahora interesa declaró nulo el despido de dos actoras, teniendo en cuenta que conforme a lo establecido en la premisa fáctica en el momento del cese una estaba disfrutando del permiso de lactancia de 1 hora al día y otra se encontraba en situación de baja médica por amenaza de aborto.

⁵⁴ SSTSJ AS 2585/2020, de 10 de noviembre; AND 5942/2017, de 13 de junio y CAT 4386/2017, de 30 de mayo.

⁵⁵ STSJ CL 1037/2022, de 11 de marzo.

⁵⁶ STSJ M 3679/2015, de 29 de abril.

⁵⁷ A modo de ejemplo, en la STSJ M 1061/2017, de 26 de enero de 2017, se realizó un despido objetivo de una trabajadora embarazada, que había comunicado al Director General de la empresa que se le había recomendado médicamente darse de baja, cuyo parte es emitido al día siguiente del despido. Tomando en consideración que la trabajadora fue contratada en un momento en que la situación era tremendamente más negativa que la del momento de despido, y que se decide prescindir de sus servicios sin que exista la misma decisión respecto de otros trabajadores, la sentencia concluye que la empresa no había acreditado las causas económicas alegadas, por lo que el despido es nulo, ya no solo por discriminatorio por razón de sexo, sino por tratarse de una trabajadora en situación de embarazo de riesgo, que precisaba de baja médica. En la STSJ GAL 4924/2014, de 18 de julio de 2014, la empresa despide a la trabajadora, embarazada, al cerrar todas las oficinas situadas en la Comunidad en la que presta servicios. En este caso el despido sí se declaró procedente, porque la extinción se debió al abandono por parte de la empresa de la actividad que realizaba la trabajadora. Lógicamente también conduce a la declaración de procedencia la prueba de las faltas imputadas en la carta de despido y de su gravedad (STSJ CAT 8219/2017, de 18 de septiembre de 2017). En la STSJ CAT 3283/2018, de 11 de abril de 2018, se califica como nulo el despido objetivo por causas económicas coincidentes con la solicitud de reducción de jornada de la trabajadora, ya que si bien es cierto que se acreditaron pérdidas, también lo es que la decisión empresarial no superó el filtro de idoneidad y proporcionalidad que debe ser exigido bajo un plus de justificación que no concurre en un supuesto en el que, produciéndose las mismas durante 3 ejercicios consecutivos, no es hasta que se da curso a la petición de reducción de jornada cuando se toma la decisión extintiva que no se extendió a otras compañeras de la actora. En otro supuesto de despido objetivo, aunque la empresa probó las causas organizativas, la Sala calificó el despido como nulo, porque la empresa no acreditó en forma alguna por que no se pudo recolocar a la demandante en el departamento al que fueron destinados otros cinco

Para evitar la declaración de nulidad, la prueba de que concurren motivos ajenos al embarazo o al ejercicio de derechos de conciliación, sólo será exigible cuando la no procedencia del despido obedezca a motivos de fondo, no así, cuando sea debida al incumplimiento de los requisitos formales⁵⁸ o a irregularidades en la contratación que provocan que la extinción se califique como despido. Si bien esta prueba no es preceptiva a los efectos de calificación de despido, sí lo será a los efectos de condena a la indemnización por daños morales (siempre y cuando se sostenga que dicha indemnización no es automática en los supuestos de nulidad objetiva).

Hay que tener en cuenta que, si se declara la nulidad por falta de requisitos formales, no será posible efectuar un nuevo despido en el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia, ya que esta medida está prevista en el art. 110.4 LRJS sólo para los despidos improcedentes.

3.3. Garantías específicas en los despidos objetivos individuales derivados de despido colectivo

Las garantías del segundo párrafo del art. 53.4 se aplica también a los despidos objetivos individuales que tienen su causa en un despido colectivo, ya que el art. 124.13.a) LRJS dispone que “cuando el despido colectivo no haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores, serán de aplicación al proceso individual de despido las siguientes reglas específicas: 3ª. El despido será nulo, (...) por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta ley...”⁵⁹. El art. 124.13.b) no contiene previsiones semejantes para el supuesto de que el despido sí haya sido impugnado a través del proceso de despido colectivo. Sin embargo, también debería entrar en juego el art. 53.4 ET, ya que, aunque la sentencia recaída en proceso de despido colectivo tenga efectos de cosa juzgada sobre los despidos individuales, sólo es directamente ejecutiva si declara la nulidad del despido. Corresponde a cada trabajador impugnar individualmente la comunicación de su despido, a través del proceso del art. 122. En este segundo proceso es cuando entraría en juego el art. 53.4, ya que, si el despido colectivo se ha declarado no ajustado a derecho, la consecuencia para la trabajadora embarazada no puede ser otra que la nulidad.

compañeros, por lo que existen visos suficientes de la relación de causalidad entre el despido y la reducción de jornada por guarda legal (STSJ M 14704/2015, de 17 de diciembre de 2015).

⁵⁸ Por ejemplo, en la STSJ CANT 616/2022, de 17 de junio se declara nulo el despido de trabajadora indefinida no fija por la cobertura de la vacante. La Sala considera que había motivos para el despido. El problema reside en que la indemnización que se puso a disposición era inferior a la debida, siendo el error inexcusable. El despido se califica como nulo, porque la trabajadora se encontraba de baja por nacimiento de hijo. Otro ejemplo se encuentra en la STSJ M 6647/2022, de 23 de mayo, donde el despido se declaró nulo, porque, aunque se acreditó que la empresa se encontraba en concurso, no se puso a disposición de la actora la correspondiente indemnización por despido, sin haber acreditado su falta de liquidez. Es el hecho de no haber transcurrido el periodo de doce meses desde el nacimiento de su hija hasta la fecha del despido, el que determina la calificación de nulidad del mismo (también STSJ AND 12301/2021, de 29 de septiembre).

⁵⁹ TORMOS PÉREZ, J.A., (2021), “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11(1), pág. 275.

En otro orden de cosas, en el despido objetivo, el art. 53.4 ET añade otra exigencia para considerar que el despido es procedente: “deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”. Esta frase fue introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019 y recoge la doctrina de la STJUE “Porras Guisado” a la que nos hemos referido anteriormente. Se trata de una norma aplicable dentro del proceso de despido, pero no exige que en la carta de despido se expliquen a los trabajadores los motivos por los que han sido seleccionados. En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido a establecer que no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones del despido colectivo, 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 por los trabajadores afectados⁶⁰.

Sin embargo, si las afectadas por el despido son trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o en período de lactancia natural, dicha interpretación puede ser contraria al art. 10.2 de la Directiva 92/85. Conviene retomar la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, “Porras Guisado”, que, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña respecto de la suficiencia de la carta de despido en el contexto de un despido colectivo, aclaró que “el artículo 10, punto 2, la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. La posterior STSJ CAT 2692/2018, de 26 de abril, aplicando la interpretación del TJUE para resolver el caso concreto, estimó que, en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia que se vean afectadas por un despido colectivo, “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.”⁶¹ De esta forma, aunque no tienen legalmente prioridad de permanencia en la empresa, sí gozan de una protección reforzada, ya que a diferencia del resto de los trabajadores, recae sobre el empresario la obligación de informar a la trabajadora en la carta de despido del modo en que se aplicaron los criterios de selección, no bastando con la mera relación nominal de los trabajadores, y sobre todo debe probar que la decisión de

⁶⁰ Por todas, STS 592/2018, de 8 de febrero.

⁶¹ Para BALLESTER PASTOR, “La reforma operada por el RDL en el art. 53.4 ET es de gran trascendencia porque establece la necesidad de que en todos los despidos individuales (y no solo de las trabajadoras embarazadas) se especifique la causa de la amortización concreta del puesto ocupado por la persona afectada. Es un precepto general y neutralizador de la doctrina establecida por la STS de 15 de marzo de 2016 que no solo sirve para trasponer la STJUE dictada en el asunto *Porras Guisado* para el despido de las trabajadoras embarazadas, sino que termina con los problemas de indefensión (y por ello de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) que se produjeron con la nefasta doctrina del TS.” *Vid.*, BALLESTER PASTOR, M. A. (2019). “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, Vol. 4, núm. 2, pág. 37.

elegir a la trabajadora, responde escrupulosamente a la aplicación de dichos criterios⁶². Esta interpretación se ha hecho extensiva por el Tribunal Supremo a las situaciones identificadas en las letras a), b) y c) del art. 53.4 ET⁶³.

Llegados a este punto, existe una división dentro de la doctrina judicial sobre el alcance de la falta de consignación de los criterios de selección en la carta de despido, una división que nuevamente encontramos, incluso, dentro de un mismo tribunal:

- Una primera interpretación, partiendo de la base de que la consignación de los criterios formaría parte del contenido de la carta de despido, estima que debería ser declarado nulo conforme al art. 54.3 segundo párrafo letra b) ET, por incumplimiento de los requisitos formales⁶⁴.

- Una segunda interpretación defiende que la comunicación de los criterios de selección tiene un carácter instrumental “destinada a garantizar la eficacia del derecho fundamental”⁶⁵. El empresario debe darlos a conocer, aunque sea en el momento del juicio, para que se pueda considerar que ha logrado superar la carga de la prueba que le incumbe. A continuación, la sentencia, diferencia dos supuestos:

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.

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.

Hay que tener en cuenta que, si bien las trabajadoras embarazadas no tienen prioridad de permanencia en caso de despido objetivo o colectivo, en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado en el período de consultas con los representantes legales de los trabajadores puede haberse previsto (art. 51.5 ET), en cuyo caso, también será nulo el despido que no respete dichas prioridades de permanencia [haya sido o no impugnado el despido colectivo por los representantes legales de los trabajadores, ex art. 124.13: a. 3ª) y b. 3ª) LRJS].

⁶² SSTs 711/2015, de 14 de enero y 3248/2018, de 20 de julio. También, SSTSJ CAT 2692/2018, de 26 de abril y CAT 10396/2015, de 2 de noviembre.

⁶³ STS 3248/2018, de 20 de julio. De esta opinión es también LOUSADA ARONCHENA, (2019), “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación”, *Revista Derecho social y empresa*, núm. 11, pág. 26.

⁶⁴ STSJ CL 4537/2019, de 14 de noviembre.

⁶⁵ Sostenida también por el TSJ de Castilla y León (STSJ CL 1464/2018, de 28 de mayo).

3.4. Sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad automática

En el despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales, el juez debe declarar de oficio la nulidad. Sin embargo, ni el ET ni la LRJS contienen una previsión semejante para los casos de nulidad objetiva. La STS 3254/2020, de 2 de octubre de 2020⁶⁶ ha aclarado que, aunque en el proceso laboral rige el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), el mandato del art. 108.2 LRJS obliga al juez a declarar el despido nulo (art. 108.3 LRJS), pues las circunstancias a las que se refieren los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS constituyen un sistema de tutela objetiva y automática frente al despido, de modo que si el empleador no acredita la concurrencia de la causa que justifique su decisión extintiva, ésta no será declarada improcedente sino nula⁶⁷.

El juez o tribunal serán concedores de la circunstancia del embarazo o de la situación personal del trabajador, siempre y cuando se haya hecho constar en la demanda, como exigen los arts. 80 LRJS y 104.c) LRJS. En este sentido, no existe flexibilidad respecto de la concreción de los hechos relevantes para la calificación del despido en la demanda, habiéndose estimado que no procede incluir en el recurso de casación como cuestión nueva el hecho del embarazo, si no se planteó previamente en el recurso de suplicación la cuestión relativa a la nulidad del despido por dicho motivo, y tampoco se denunció la infracción de los preceptos legales en que ahora fundamenta su pretensión⁶⁸.

Hay que recordar que el art. 80.1.c) LRJS prevé que “en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”. Por tanto, el no haber alegado en la papeleta de conciliación que en el momento del despido se encontraba embarazada y alegarlo en la demanda, o en la aclaración de la demanda, supone una variación sustancial, si la trabajadora ya lo conocía. En consecuencia, no procede tener en cuenta el hecho del embarazo y el despido se puede declarar improcedente y ello, aunque la empresa fuera concedora del mismo⁶⁹. No

⁶⁶ Hace esta aclaración en consonancia con la STS 1840/2005, de 23 de marzo antes citada.

⁶⁷ STS 196/2015, de 20 de enero de 2015. Resulta especialmente interesante la STSJ ICAN 575/2022, de 10 de junio, donde la Sala, en un caso de despido de trabajadora con reducción de jornada y concreción horaria que ejerció el *ius resistentiae* frente a una orden empresarial ilícita, arbitraria y no justificada que imponía el cambio de horario, calificó el despido como nulo, aunque en el escrito de demanda y en el recurso de suplicación sólo se había solicitado la improcedencia.

⁶⁸ STS 3191/2018, de 17 de julio de 2018. En el caso analizado por la sentencia, el recurrente se limitó a instar la nulidad del cese por haberse omitido el procedimiento previsto en el artículo 51 del ET, petición sobre la que se pronunció, para desestimarla, el Tribunal de segundo grado, al que se sustrajo el conocimiento del problema que luego se trajo a casación.

⁶⁹ STS 2148/2020, de 25 de junio. En el mismo sentido, se pronuncia la STSJ M 13152/2015, de 6 de noviembre. Se trataba de una demanda de despido objetivo, en el marco de un ERE, impugnado por la trabajadora que solicita en la demanda la nulidad por imprecisión de los criterios utilizados por la empresa para designar a los trabajadores afectados por el ERE y por incumplimiento de los requisitos formales del art. 53.1 E. T y subsidiariamente la improcedencia. En el acto del juicio, la parte actora manifestó por primera vez que había tenido reducción de jornada por cuidado de hijos y que en la fecha de su despido se encontraba embarazada, razón por la que reclamaba la nulidad de la extinción contractual. Consta acreditado que ni en la papeleta de conciliación, ni en la demanda, ni en la subsanación de la misma, ni en la petición que el Juzgado dirigió a los litigantes para solicitarles que manifestasen si mantenían su decisión

existirá, sin embargo, variación sustancial de la demanda si en el momento del despido la trabajadora no conocía su situación de embarazo. Si la demanda ya se ha presentado, lo más recomendable sería presentar un escrito de ampliación antes del día de la vista para que se dé traslado a la empresa y no pueda alegar indefensión⁷⁰.

La demanda forma un conjunto unitario, sin que sea posible dividirla o separarla en diferentes partes comunicadas entre sí, como si se tratara de distintos compartimentos estancos; por ello, si en el cuerpo de tal demanda se dice con toda claridad que la trabajadora demandante se encontraba embarazada o en alguna de las situaciones descritas en el segundo párrafo del art. 55.5 y 53.4 ET y en la misma se reitera que tal situación implica la nulidad del despido, “es obligado concluir que ésta es la pretensión que realmente se ejercita en esa demanda, aunque al redactarse el suplico de ésta sólo se hubiese pedido, quizá por un simple ‘lapsus calami’, la improcedencia del despido”⁷¹.

¿Qué ocurre cuando la trabajadora de forma consciente quiere la improcedencia, no la nulidad? En el marco legal actual, la única calificación posible es la nulidad, sin que la trabajadora pueda renunciar a las consecuencias de dicha declaración⁷². Interesa dejar constancia, no obstante, de una doctrina judicial que interpreta que la renuncia a la garantía reforzada es válida porque no es contraria al interés o el orden público ni perjudica a terceros, de tal suerte que el trabajador puede decidir no impugnar el despido o impugnarlo solicitando solamente su improcedencia⁷³.

III. Identificación de las situaciones protegidas: los “períodos blindados”

Los arts. 53 y 55 extienden la protección a las “personas trabajadoras”, ya sean hombres o mujeres. Si bien, en los casos de embarazo, suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, así como en bajas por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, la persona protegida únicamente puede ser la mujer.

de pleitear y en la comparecencia judicial primeramente señalada para la celebración del juicio la parte actora no hizo la menor mención a su embarazo en la fecha de su despido. “Se ha producido una omisión total sobre estos datos en los dos años transcurridos desde el inicio del pleito hasta el juicio oral, que llevan a concluir que se trata de una modificación sustancial de la demanda causante de indefensión.”

⁷⁰ STS 2115/2020, de 11 de junio.

⁷¹ STS 3254/2020, de 2 de octubre de 2020. Algunos tribunales aplican la doctrina del Tribunal Supremo establecida respecto del carácter automático de la nulidad en las situaciones descritas en las letras a) b) y c) para concluir que, aun cuando no se hubiera solicitado en la papeleta de conciliación, “no resulta necesario que el *petitum* de la demanda se refiera, de forma expresa, a la nulidad del despido, por tratarse esta calificación de consecuencia determinada legalmente “(STSJ CAT 9317/2016, de 1 de diciembre de 2016).

⁷² Sólo en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, en la fase de ejecución de sentencia, el trabajador puede optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación (art. 286.2 LRJS).

⁷³ Pronunciamiento del TSJ CL 476/2013, de 30 de enero de 2013, en un caso de extinción de contrato temporal fraudulento, hallándose la trabajadora de baja maternal.

Analizaremos a continuación, cada una de las situaciones protegidas, con el fin, sobre todo, de identificar el marco temporal de la protección, lo que nos servirá para diferenciar cuándo se aplica la tutela automática y cuándo es preciso acudir a la tutela discriminatoria para obtener la calificación de nulidad.

1. El despido de trabajadora embarazada

Conforme a los arts. 55.5 segundo párrafo b) y 53.4 segundo párrafo b), será nula la extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas, “desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a)”, momento en que se iniciará la protección prevista para la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor. Para que opere este tipo de protección, la mujer debe encontrarse embarazada, habiendo interpretado algunos tribunales que dentro del concepto embarazo se incluye también el “embarazo ectópico”, pues “no exige plasmación real de estudio tradicional del embarazo, con una posibilidad de término y culminación en parto o alumbramiento, pues estamos ante un denominado estricta, médica y jurídicamente, embarazo ectópico, y ello ya es dato práctico y jurídico suficiente”⁷⁴. Sin embargo, no se aplica al despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro*, encontrándose los óvulos ya fecundados pero pendientes de implantación en el útero de la mujer prevista para los días siguientes⁷⁵. Si bien no procede la calificación de nulidad objetiva, podría obtenerse la nulidad si se prueba que el despido ha obedecido esencialmente a este motivo, produciéndose entonces una discriminación por razón de sexo⁷⁶, pues el embarazo que se busca es una circunstancia biológica exclusiva de la mujer⁷⁷. Este tipo de tutela exige el previo conocimiento del empresario

⁷⁴ STSJ PV 640/2018, de 13 de marzo. La STSJ AND 3837/2020, de 16 de abril también otorga al “embarazo ectópico” la consideración de embarazo, ya que estima que es nulo el despido de trabajadora de baja por aborto tras embarazo ectópico, ya que se trataría de una enfermedad causada por embarazo.

⁷⁵ STS 1584/2017, de 4 de abril que aplica la STJUE (Gran Sala) de 26 febrero 2008, asunto C-506/06 “Sabine Mayr”.

⁷⁶ Dentro del trato desfavorable a las mujeres “relacionado con” el embarazo o la maternidad, entra no solo el embarazo en sí, sino todas las situaciones posteriores al mismo como la relacionada con tratamientos *in vitro*, en la medida que vayan encaminadas de forma fehaciente a la consecución de ese embarazo o maternidad. Puede citarse la STEDH de 4 de febrero de 2021, (Jurcic vs. Croacia) en relación con una mujer que se había sometido a una fecundación *in vitro* y si bien el tema de fondo es diferente al aquí tratado, el planteamiento en relación a la discriminación directa por razón de sexo vinculada a tal fecundación y al posterior embarazo y maternidad sí es trasladable (STSJ GAL 3984/2021, de 28 de junio).

⁷⁷ Concluye la STSJ M 8781/2015, de 17 de julio que, aunque el tratamiento de fertilidad no puede merecer la misma protección objetiva que la que ostenta el estado de gestación [art. 55.5.b) ET] ello no impide que, conocido por la empresa el tratamiento de fertilidad, el embarazo, el aborto, y el deseo expreso y manifestado de iniciar un nuevo tratamiento, acudiendo al médico, la cronología de los hechos haga desplazar al empresario la carga de probar que el despido y la búsqueda de un nuevo trabajador que se contrata poco después del despido obedece a una causa alejada de todo móvil discriminatorio, en el sentido de que solo una mujer puede pasar por el proceso de fecundación *in vitro*. No se puede despedir a una trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro* (entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora), en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento, por constituir una discriminación directa basada en el sexo; por lo que si no se prueba que el despido de la empresa se basa esencialmente en ese motivo no procede su nulidad (STSJ CAN 2270/2010, de 28 de septiembre).

de que la trabajadora se estaba sometiendo a los tratamientos⁷⁸. También es nulo, por discriminatorio, el despido por continuas bajas laborales de trabajadora sometida a tratamientos de fecundación artificial⁷⁹. Si el empresario aportara como contraindicio la conexión comparativa (haciendo referencia a la situación de las otras mujeres trabajadoras que son madres y a las medidas de conciliación existentes en la empresa) no se trataría de un término de comparación válido ya que no es lo mismo el sometimiento a una fecundación *in vitro* que el ejercicio de los derechos de conciliación, o con el hecho de que sean madres. Tan solo sería equiparable- en abstracto- la situación de otra trabajadora sometida a fecundación⁸⁰.

Tampoco se aplicaría esta protección a la progenitora que vaya a tener un hijo, gracias a un convenio de gestación por sustitución, durante el período de embarazo de la madre biológica, ya que la norma exige que sea la trabajadora la que esté embarazada. En este supuesto, a diferencia de la utilización de tratamientos de fecundación *in vitro*, no cabría alegar discriminación por razón de sexo, ya que la situación afecta tanto al varón como a la mujer⁸¹.

2. La suspensión del contrato

2.1. El nacimiento y cuidado del menor, la adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento

La suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor se regula en el art. 48.4 ET. El nacimiento comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses. La ley dice que “suspenderá el contrato de trabajo” de la madre biológica y del progenitor distinto de la madre durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias para ambos las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa. Transcurridas estas seis semanas, los progenitores disponen de más libertad para organizar el disfrute del descanso y así:

- la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. La ley habla

⁷⁸ SSTSJ CAT 10733/2015, de 19 de noviembre; M 8781/2015, de 17 de julio; AND 12134/2021, de 14 de julio; CAT 5724/2021, de 25 de mayo y GAL 3984/2021, de 28 de junio.

⁷⁹ STSJ AND 3607/2017, de 9 de marzo.

⁸⁰ STSJ GAL 3984/2021, de 28 de junio.

⁸¹ Por esa razón, porque no hubo embarazo ni posterior parto, la STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, establece que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido un hijo gracias a un vientre de alquiler (o gestación por sustitución), incluso cuando la mujer puede amamantar a ese niño o lo amamanta efectivamente. El hecho de que un empleador deniegue este permiso tampoco constituye una discriminación basada en el sexo, porque la razón esencial de esa denegación afectaba exclusivamente a los trabajadores de uno u otro sexo.

de “comunicación”, no de “solicitud”, por lo que el empresario está obligado a conceder ese descanso⁸².

- La suspensión del contrato de trabajo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. La persona trabajadora también deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

La suspensión del contrato por adopción guarda con fines de adopción y de acogimiento se regula en el art. 48.5 ET. Su régimen jurídico es idéntico al de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor, pero se toma como *dies a quo* para el inicio de la suspensión, la fecha de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Además, de modo similar a la madre biológica en caso de parto, se indica que, en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso en este apartado podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción. La protección reforzada se inicia con la suspensión, pero no se extiende al momento en que se inician los trámites judiciales o administrativos. Dichos despidos deberán canalizarse como un despido discriminatorio y, para ello, sería necesario que el empresario hubiera tenido conocimiento del expediente, de lo contrario resultaría imposible que pudiera “efectuar una maniobra torticera para evitar las consecuencias legales que podría suponer a la actora una mayor protección frente al despido, máxime cuando el hecho de que la actora tenga hijos propios no haya sido motivo de incidencia en la relación laboral.”⁸³

No existe duda sobre la extensión de la tutela objetiva a todos los períodos de descanso, ya se disfruten a tiempo completo (dieciséis semanas) o a tiempo parcial (veintiséis semanas). Más compleja es la cuestión de su extensión a los períodos donde el disfrute del descanso se interrumpe. Resulta razonable concluir que la protección se mantiene, bien porque se haga una interpretación finalista de la letra b), cuyo fin es garantizar el disfrute de este permiso, bien por aplicación de la letra c), ya que el precepto no se refiere a la reincorporación tras la finalización total de la suspensión, sino que debe interpretarse

⁸² Aunque no se ha aprobado todavía un reglamento que regule la prestación de Seguridad Social, hay que interpretar que este plazo de 15 días se aplica también para comunicar los sucesivos períodos de disfrute al INSS. En su página web, el INSS informa de que “una vez esté aprobada la solicitud inicial, se podrán solicitar los períodos sucesivos con una antelación máxima de 15 días a la fecha de inicio de ese período sucesivo, en la opción del espacio Tu Seguridad Social “SOLICITAR PERIODOS”. En estos casos, no se podrá enviar el certificado de empresa hasta que no haya comenzado el período de disfrute de ese período sucesivo”. Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/FAQ/48581/3a6243be-9024-451b-afd8-90c0450edba9/9a812e71-4441-4989-aa5f-7f1126470b8a/faqnacimientoycuidadodemenorolicitud1#FAQNacimientoycuidadodemenorSolicitud3> (última consulta, 12 de julio de 2022).

⁸³ STSJ CLM 2500/2015, de 17 de septiembre.

de manera amplia incluyendo la finalización de cada uno de los períodos suspensivos⁸⁴. Por los motivos expuestos, si el despido se produce después de preavisar el trabajador el inicio de un nuevo período de suspensión o del disfrute a tiempo parcial, también se calificaría de nulo.

2.2. El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural de menor de nueve meses

Ambas causas de suspensión se regulan en el art. 45.1.e) ET.

La duración de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, no se puede determinar *a priori*. Según el art. 26.3 LPRL la suspensión del contrato de la trabajadora se mantendrá durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Lo habitual será que finalice el día anterior al inicio de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor (art. 35.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁸⁵) pero puede finalizar antes por interrupción del embarazo (aborto espontáneo o voluntario). Por su parte, la duración máxima de la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural llegará hasta que el menor cumpla nueve meses (art. 26.4 LPRL), pero puede finalizar antes por cese de la lactancia natural, por fallecimiento del hijo o por reincorporación a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su estado. En ambos casos, lógicamente, no existe obligación de preaviso.

Hay que tener en cuenta, que no siempre que exista un riesgo para el embarazo, la trabajadora se encontrará de baja por este motivo. Es lo que ocurrirá cuando se encuentre en situación de IT, en cuyo caso no procederá el reconocimiento del subsidio “hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas.” (art. 37.1 RD 295/2009. Aunque técnicamente la situación jurídica no es de suspensión de riesgo durante el embarazo, debería otorgarse la misma protección reforzada, interpretación que también es aplicable a los supuestos donde la trabajadora se ve compelida a solicitar baja por IT, ante la negativa de la empresa a realizar los trámites que le corresponden, para gestionar la baja por riesgo durante el embarazo. Sin embargo, esta cuestión es menor, toda vez que en todo caso jugaría la protección específica del embarazo de la letra b)⁸⁶.

La protección se refiere a la suspensión de contrato, no a otras situaciones que puede solicitar la trabajadora, como el cambio de condiciones de trabajo o el cambio de puesto

⁸⁴ . Sin embargo, en la STSJ CL 1816/2022, de 25 de abril, la Sala no aplica la protección reforzada del apartado b) sino que califica el despido del padre como nulo por discriminación refleja, esto es, lo reconduce al primer apartado del art. 55.5.

⁸⁵ BOE de 21 de marzo.

⁸⁶ STSJ AND 2604/2022, de 27 de abril.

de trabajo. Pero, de nuevo hay que decir que, en todo caso, tendría la protección reforzada por el embarazo⁸⁷.

2.3. Enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural

La letra a) se refiere a la suspensión de contrato por “enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural”. A diferencia de las situaciones analizadas anteriormente, no es una causa autónoma de suspensión del contrato identificada en el art. 45 ET, sino que tendrá cobertura a través de una baja por IT derivada de contingencias comunes. La primera precisión importante es que se trata de enfermedades “causadas” por el embarazo, parto o lactancia natural, no de enfermedades que hayan surgido “durante” el embarazo o la lactancia y que se mantengan después de la suspensión del contrato por este motivo, dando lugar a una baja por Incapacidad temporal. Tampoco se refiere a bajas por diversas cuestiones ginecológicas, ni a las causadas por tratamientos de fecundación *in vitro*, si bien, en ambos casos, cabría la tutela antidiscriminatoria⁸⁸. Dentro de este concepto sí deben incluirse, a modo de ejemplo, enfermedades como las que dan lugar a los embarazos de riesgo o a la lumbalgia provocada por el embarazo, mastitis y también a los abortos ya sean espontáneos o voluntarios⁸⁹.

A estas enfermedades se refiere RD 295/2009 en dos preceptos:

- para aclarar que no da lugar a la baja por riesgo durante el embarazo, la situación “derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado “(art. 31.2).
- cuando regula la situación de IT que sucede a una baja por maternidad: “Agotado el periodo de descanso por maternidad, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se la considerará en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común” (art. 10.1).

Dado que el tratamiento de estas enfermedades es el propio de la baja por IT derivada de contingencias comunes, la duración máxima de la protección será la señalada en el art. 173 TRLGSS. Así pues, no se aplica el límite máximo de los doce meses a contar desde el nacimiento, previsto en la letra c). De hecho, en esta letra se omite la referencia a las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural. Se trataría, pues, de uno

⁸⁷ En un caso donde la trabajadora reclamó por burofax los derechos derivados de su situación de embarazo, el despido se declaró también nulo por vulneración de la garantía de indemnidad (STSJ CAT 4238/2022, de 3 de mayo).

⁸⁸ *Vid.*, sobre despido tras varias vicisitudes ginecológicas inmediatamente anteriores, STS 2435/2020, de 2 de julio.

⁸⁹ En la STSJ CV 7556/2020, de 10 de noviembre, el despido tiene lugar durante la baja por IT debida a aborto voluntario por malformación del hijo. La STSJ AND 3837/2020, de 16 de abril incluye también la baja médica emitida por "hemorragia excesiva tras aborto y embarazo ectópico".

de los pocos supuestos donde el despido injustificado durante la baja por IT daría lugar a la declaración de nulidad, no de improcedencia.

2.4. La extensión temporal de la tutela objetiva y automática

La protección reforzada se extiende a tres tramos temporales que podríamos calificar como “períodos blindados”:

1º tramo:

Durante el disfrute de la suspensión. El art. 48.4 indica que la suspensión se inicia con el parto, lo que es especialmente importante para el progenitor distinto de la madre biológica, ya que en algunos casos la empresa se niega a entregar el certificado de empresa o rechaza la “solicitud” de la suspensión del contrato. Debe insistirse en que la protección no se inicia con la comunicación al empresario de la reciente paternidad y la solicitud del certificado de empresa⁹⁰, sino que es anterior.

La protección reforzada se aplica aun cuando el trabajador no hubiera disfrutado del correspondiente permiso debido a que tuvo que trabajar, y el despido hubiera tenido lugar cuando todavía no habían finalizado las seis semanas, ya que la suspensión de la relación laboral por nacimiento de hijo se produce *ope legis*⁹¹. No faltan supuestos donde es el propio trabajador el que se retrasa en comunicar su paternidad y en solicitar el certificado de empresa⁹². En cualquier caso, cuando la empresa se resiste a entregar el certificado al trabajador que lo solicita y pone problemas a la suspensión del contrato, lo procedente es que éste denuncie la obstrucción ante la Inspección de Trabajo, siendo legítimo el ejercicio del *ius resistentiae*.

No se hace mención en el precepto a la circunstancia de que el trabajador o la trabajadora puedan haber comunicado previamente a la empresa que van a acogerse a una suspensión del contrato en fechas próximas. El problema se plantea especialmente con el progenitor distinto de la mujer que ha dado a luz, cuando preavisa el futuro parto y actual embarazo de su pareja, ya que la trabajadora por su condición de embarazada ya está protegida. Pues bien, la próxima paternidad, al contrario de lo que ocurre con el embarazo, no está legalmente contemplada como una situación especialmente protegida ante el despido, con la nulidad "reforzada", de modo que no sería suficiente con el anuncio de la paternidad en los próximos meses, para aplicar la tutela objetiva de la letra a) del art. 55.5 ET⁹³. Este diferente trato ante la paternidad y la maternidad no supone una desigualdad, pues la

⁹⁰ SJSO núm. 2 Badajoz 1360/2022, de 11 de abril.

⁹¹ STSJ M 2098/2021, de 19 de febrero, firme tras ATS 3567/2022, de 8 de marzo.

⁹² En la STSJ CAT 4402/2022, de 19 de mayo, habiendo comunicado el trabajador el nacimiento de su hijo mes y medio después, la empresa formuló consulta a la Seguridad Social sobre el modo de proceder. El INSS contestó que para los nacimientos a partir del 1 de abril de 2019 el inicio del descanso de paternidad es obligatorio a partir del mismo día del parto y si no inició el descanso en esa fecha perdería el derecho al subsidio de paternidad. Concluye la Sala que no se puede extender la aplicación del art. 55.5 a) a este supuesto, ya que el trabajador no tuvo suspendido el contrato por paternidad e, incluso, la solicitud que intenta preparar el actor a efectos del cobro del subsidio era extemporánea.

⁹³ STSJ ICAN 1766/2021, de 2 de julio.

finalidad del apartado b) y del a) son distintas. En la letra b) el legislador protege a la "mujer" por las consecuencias que pudiera adoptar la empresa por su estado de "embarazo", estado del que carece el "hombre", estando por ello ante situaciones que son distintas entre hombres y mujeres. La protección de la condición de futuro padre no deviene de su condición de "embarazo" sino que obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE), y de ahí que la decisión del legislador no haya sido la de otorgar una tutela reforzada de protección al mismo sino la de reconocer a los hombres el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo, con el correlativo a percibir la prestación por paternidad de la Seguridad Social⁹⁴.

Si el progenitor distinto de la madre quiere obtener la calificación de nulidad, debería aportar indicios de discriminación, de modo que se desviaría la carga de la prueba y si el empresario no consigue aportar razones objetivas y razonables, podría considerarse discriminatorio por diversos motivos:

- “por responsabilidades familiares”, circunstancia que tiene acomodo en el art. 14 CE en conexión con el art. 39 de la norma fundamental⁹⁵.
- por vulneración de la garantía de indemnidad en la medida en que, ante el ejercicio de un derecho legítimo, el trabajador es fulminantemente despedido⁹⁶.
- por discriminación indirecta por razón de sexo⁹⁷.

De manera especial interesa destacar una corriente judicial, de la que es una muestra la STSJ GAL 1431/2021, de 16 de abril⁹⁸, que hace extensiva la protección del art. 55.5 segundo párrafo letra b) al otro progenitor distinto de la madre que no ha iniciado todavía la baja por nacimiento y cuidado del menor, trayendo a colación la que se conoce como “discriminación por asociación o refleja por razón de sexo”⁹⁹. Sin necesidad de acudir a

⁹⁴ STSJ CAT 9722/2021, de 22 de octubre.

⁹⁵ STSJ AND 13834/2021, de 28 de octubre.

⁹⁶ STSJ CAT 1443/2022, de 31 de enero.

⁹⁷ SCL 3504/2017, de 2 de octubre y M 6255/2014, de 11 de julio. En la última sentencia se produjo el despido después de la reincorporación del hombre tras baja por ansiedad relacionada con el embarazo de su mujer, sin que la empresa le hubiera dado tiempo para solicitar la baja por paternidad.

⁹⁸ En el mismo sentido, SSTSJ CV de 30 de septiembre de 2021 (firme tras ATS 9631/2022, de 14 de junio de 2022); CV 6440/2021, de 30 de septiembre; CV 2912/2022, de 28 de abril y CL 1816/2022, de 25 de abril.

⁹⁹ Estima la Sala que, “habida cuenta que se vulneró el derecho del recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo), dado que le sería proyectable -indirectamente- la protección otorgada por el artículo 55.5 del TRET, sin que se haya aportado prueba alguna por la empresa de las circunstancias del último párrafo de este precepto (“[l]o establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados).” Aunque la sentencia define continuamente el despido como nulo por discriminación, dado que se refiere al último párrafo del art. 55.5 ET y éste habla de “las letras anteriores”, lo que realmente hace es aplicar la protección reforzada del art. 55.5 segundo párrafo letra b) ET. También aprecia discriminación refleja por razón de sexo, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., (2021), “El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los

la discriminación refleja, algunos tribunales interpretan que la protección del art. 55.5. a) “no debe quedar limitada al estricto periodo del disfrute sino también al periodo inmediato anterior coincidente con el preaviso que realiza el trabajador a la empresa sobre tal extremo y su intención al respecto y ello es así porque de otra forma, para eludir el disfrute del permiso, no tiene más el empresario que proceder al despido inmediato para evitar el disfrute del permiso”¹⁰⁰.

Conviene recordar que en estos casos es necesario que el trabajador aporte indicios de discriminación, para lo que suele valorarse la proximidad de fechas entre la extinción del contrato y la comunicación de cualquier dato relacionado con la futura paternidad, por ejemplo, pedir información al departamento de RR.HH sobre la baja de paternidad¹⁰¹ o comunicar que se va a faltar para acompañar a la mujer al monitoreo del embarazo¹⁰². En sentido contrario, no se ha apreciado indicios de discriminación cuando la futura paternidad se comunicó a un compañero, no al jefe, y el despido tuvo lugar dos meses después, lo que la separa temporalmente de la comunicación¹⁰³. Tampoco la mera comunicación a la empresa en febrero de 2020 de que su esposa estaba embarazada de 8 semanas y que daría a luz en agosto con la indicación “te lo dejo por escrito para que futuramente lo puedas consultar y gestionar, un saludo.”, teniendo lugar el despido en agosto¹⁰⁴. También la grave situación económica generada por la pandemia y sufrida por la empresa pueden desvirtuar los indicios de discriminación en el caso del trabajador que comunica cinco meses antes que va a ser padre, siendo despedido disciplinariamente de forma improcedente, cuando, además, su despido se produce junto al de otros nueve trabajadores y exactamente por las mismas causas¹⁰⁵.

2º tramo:

Aunque no se haya iniciado el disfrute de la suspensión del contrato, la protección empieza desde la notificación del despido, siempre que ésta tenga lugar en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice con dichos períodos. Este plazo de preaviso es obligatorio en los casos de despido objetivo y de extinción de contrato temporal¹⁰⁶.

Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 463, pág.148

100 STSJ AND 13834/2021, de 28 de octubre. En el mismo sentido, SJSO núm.2 de Avilés 7913/2021, de 26 de noviembre.

¹⁰¹ STSJ CAT 1443/2022, de 31 de enero.

¹⁰² STSJ M 14841/2021, de 7 de diciembre.

¹⁰³ STSJ ICAN 203/2022, de 19 de enero.

¹⁰⁴ STSJ M 15100/2021, de 23 de diciembre.

¹⁰⁵ STSJ ICAN 1766/2021, de 2 de julio. En la STSJ M 9589/2021, de 22 de septiembre se destruyen los indicios de discriminación porque, entre otros motivos, en la empresa la mayoría de la plantilla está compuesta por mujeres, sin que conste que se hayan producido despidos por solicitar permisos por maternidad.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo, en la STSJ CAT 2187/2022, de 4 de abril, se preavisó la extinción del contrato temporal, que finalmente fue calificado como fraudulento, con quince días de antelación, siendo así que cuando el despido produjo efectos, el trabajador ya había sido padre. Pero, a la vez se considera discriminatorio por circunstancias familiares, por el escaso tiempo (veinte días) transcurrido entre la comunicación de que su mujer estaba embarazada de 37 semanas y la comunicación de la extinción del contrato (la empresa le preavisa la extinción del contrato y le indica que debía traer la documentación para poder tramitar el permiso de paternidad).

Téngase en cuenta que en los supuestos de despido colectivo, resulta frecuente que se pacte que todos o algunos de los despidos no tendrán efectos hasta pasado un tiempo superior a 15 días (ejemplo: despido colectivo en universidad privada donde se cierra acuerdo con la representación legal de los trabajadores y se adopta la decisión de despedir en el mes de marzo, pero se pacta, y así se comunica a los trabajadores afectados, que los despidos no producirán efecto hasta finalizar el curso académico, en el mes de julio). Son preavisos inusualmente largos que presentan el riesgo de que en el período que media hasta la fecha de efectos de despido, el trabajador pase a encontrarse en una de las situaciones previstas en la letra a) y ajustándonos al tenor de la ley, tendría también la protección reforzada.

Como se ha explicado anteriormente, debe realizarse una interpretación flexible del precepto que, al incluir la protección desde la notificación del despido, evidencia 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”¹⁰⁷.

3º tramo:

Una vez finalizada la suspensión del contrato, la protección se mantiene “después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento”. El límite máximo de protección, tras la reforma del Real Decreto-Ley 6/2019, coincide con el período dentro del cual puede disfrutarse la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado del menor y con la duración máxima que puede alcanzar el permiso por cuidado corresponsable del lactante. Los tribunales son claros al concluir que, pasado el plazo de los doce meses ya no se aplica “el precepto que transmuta el despido improcedente en nulo”¹⁰⁸. Agotado dicho plazo, si el trabajador quiere obtener la declaración de nulidad, deberá acudir a la tutela antidiscriminatoria y presentar indicios de discriminación, dándose por cumplida dicha aportación de indicios cuando se constata que el despido ha tenido lugar en un período muy próximo (ocho días, por ejemplo) a la finalización de la protección objetiva (después de finalizar los doce meses desde el nacimiento), sin que se haya aportado por la empresa justificación objetiva y razonable que pudiera calificar el despido como procedente¹⁰⁹.

La protección no se aplica cuando el trabajador en el indicado plazo de doce meses cambia de empresa, ya que el precepto no protege de forma genérica la reincorporación al trabajo

¹⁰⁷ STSJ CL 1464/2018, de 28 de mayo. En el caso analizado por la sentencia la trabajadora fue seleccionada para el despido colectivo, cuando se encontraba de baja por riesgo durante el embarazo, aunque cuando se le notificó el despido, se encontraba en situación de incapacidad temporal tras la pérdida del feto.

¹⁰⁸ STSJ AS 838/2016, de 31 de marzo.

¹⁰⁹ SSTSJ PV 765/2019, de 5 de febrero y CV 2953/2012 de 17 de abril.

tras el disfrute de la suspensión, sino la reincorporación a la misma empresa donde se solicitó y disfrutó del permiso¹¹⁰.

Pese al silencio de la ley, la protección sí debe alcanzar a aquellas situaciones donde la reincorporación de la trabajadora no tiene lugar de manera inmediata tras la finalización de estas causas de suspensión, sino tras la finalización de la suspensión del contrato por lactancia natural de menor de nueve meses, tras una IT derivada de enfermedad causada por embarazo, parto o lactancia, tras el disfrute de las vacaciones ex art. 38.4 ET, o tras la acumulación del permiso de lactancia¹¹¹. La letra c) también guarda silencio respecto del despido que tiene lugar tras la reincorporación de una suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, quizá porque parte del hecho de que lo habitual es que la trabajadora enlace con la baja maternal. Pero ¿qué ocurre si la suspensión del contrato finaliza como consecuencia de un aborto? Si el niño tuviera más de 180 días de gestación (seis meses) y naciera muerto, la madre sí tendría derecho a la prestación de nacimiento y cuidado del menor durante dieciséis semanas, pero si es inferior, no. En esta última situación, seguramente la trabajadora habrá sido dada de baja por incapacidad temporal, aplicándose entonces la protección por enfermedad derivada de embarazo. El problema es que la norma exige dos requisitos acumulativos: la reincorporación tras la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor y que no hayan transcurrido doce meses “desde el nacimiento”, y es que 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). Es por ello dudoso que la protección legal, en base a la finalidad de la norma, deba aplicarse en estos supuestos para alcanzar hasta los doce meses posteriores a la pérdida del feto por analogía con el supuesto c) del artículo 55.5 ET¹¹². Sería recomendable que el legislador introdujera expresamente esta situación dentro de la letra c).

¹¹⁰ STSJ CAT 8077/2021, de 20 de septiembre.

¹¹¹ En el caso concreto de la STSJ CV 2953/2012 de 17 de abril, la trabajadora permaneció en situación de riesgo durante el embarazo en el periodo de 19/02/2010 a 14/04/2010, para pasar a disfrutar el permiso por maternidad desde el 15/04/2010 a 07/08/2010 y luego el de lactancia acumulado desde el 08/08/2010 hasta el 08/09/2010. Con posterioridad permaneció en situación de incapacidad temporal que no se acredita que tenga que ver con la condición de mujer o madre de la misma, desde el día 10/09/2010 hasta el día 31/05/2011, y tras el alta médica se reincorporó al trabajo el día 01/06/2011. En fecha 10/06/2011 la empresa notificó a la actora el despido por motivos disciplinarios, con reconocimiento de la improcedencia y el abono de la pertinente indemnización. La Sala concluye que no concurren indicios de discriminación, pero obsérvese cómo se ha valorado que la IT no tuvo que ver con la condición de madre de la trabajadora. Si hubiera sido así, pese a haber transcurrido más de doce meses desde el nacimiento, debería haberse otorgado la protección de la letra a).

¹¹² STSJ CL 1464/2018, de 28 de mayo de 2018. La STSJ ICAN 3137/2021, de 14 de diciembre de 2021 aborda la calificación del despido de trabajadora que había estado de baja por aborto un mes antes de la comunicación del cese, pero lo hace desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. Aprecia que existen indicios de discriminación por razón de sexo por la conexión temporal por proximidad entre el embarazo y la medida extintiva. En el mismo sentido, STSJ CL 2459/2022, de 13 de junio, donde el despido tiene lugar un día después de la reincorporación tras la baja por aborto, sin que se aprecie por el Tribunal la existencia de indicios de discriminación, dado que la empresa, una peluquería, tenía un porcentaje de trabajadoras del 100%.

Incluso, procediendo la reincorporación, no es infrecuente que existan dudas sobre la fecha concreta. El hecho de no reincorporarse en la fecha que pensaba la empresa no debe interpretarse como una dimisión, sino despido nulo, cuando existen discrepancias sobre el día en concreto¹¹³.

3. Permisos retribuidos, reducciones de jornada y excedencias

3.1. “Permisos” de los artículos 37.4, 5 y 6 ET

Con notable imprecisión, los arts. 55.5 y 53.4 se refieren a los “permisos” regulados en los arts. 37.4, 37.5 y 37.6 ET, siendo así que los dos primeros regulan, tanto permisos como reducciones de jornada, y el art. 37.6 regula sólo un supuesto de reducción de jornada. Se trata, sin embargo, de una defectuosa redacción, habiendo avalado el Tribunal Supremo que la tutela reforzada prevista inicialmente para la trabajadora embarazada se extendió, ya por la Ley 39/1999, también a los supuestos de reducción de jornada por guarda legal¹¹⁴.

El art. 37.4 regula el “cuidado corresponsable del lactante”. En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del “permiso” se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una “reducción de su jornada” en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella (en cuyo caso, tendría naturaleza de permiso retribuido).

Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

En el art. 37.5 ET se dispone que las personas trabajadoras tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (permiso retribuido). Asimismo, tendrán derecho a “reducir su jornada” de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

En el art.37.6 ET se regulan dos supuestos de reducción de jornada, por cuidado de hijos y por cuidado de familiares. En primer lugar, quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no

¹¹³ STSJ CL 1581/2017, de 26 de abril de 2017.

¹¹⁴ La más reciente, STS 89/2018, de 11 de enero, que reitera jurisprudencia anterior.

desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. En segundo lugar, tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años. En consecuencia, el mero cumplimiento de los dieciocho años de edad por el hijo o el menor sujeto a acogimiento permanente o a guarda con fines de adopción no será causa de extinción de la reducción de la jornada, si se mantiene la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas, lo que permitiría por ejemplo acumular toda la reducción en un período del año, manteniéndose inactivo el resto, debiendo interpretarse que la tutela reforzada se extiende a los períodos de inactividad.

Para los tres supuestos, se indica en el art. 37.7 ET que la persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada.

Debido a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no puede hacerse una lectura restrictiva de las previsiones contenidas en el art. 55.5.b). Por ejemplo, en STSJ CAT 8836/2021, de 21 de octubre, en un supuesto en que el trabajador era padre de una niña de 4 años y comunica a la empresa que tras su reincorporación de una baja por IT, se pedirá una reducción de jornada con la reducción mínima, la Sala aprecia que la empresa claramente había entendido que lo que estaba solicitando el trabajador era una reducción de jornada por guarda legal (era padre de un menor de 12 años, solicita la reducción por el tiempo mínimo y la empresa en la contestación no pone ninguna objeción dando a entender que era un derecho incondicionado del trabajador). Sí deben calificarse como auténticas reducciones de jornada y, por lo tanto, protegidas por los arts. 55.5 y 53.4

ET, las que no se tramitan a través de la vía legal del art. 37.6, sino a través de la novación de contrato en otro a tiempo parcial, con el fin de cuidar al hijo¹¹⁵.

No puede alegarse que no opera la tutela objetiva porque no es evidente que la trabajadora solicitó la reducción de jornada para cuidado de hijos, pues durante dicha reducción realiza otras actividades que no están directamente relacionadas con los mismos¹¹⁶ o porque durante la reducción la madre del trabajador no estaba constantemente bajo el cuidado directo del trabajador. En este sentido, tratándose, por ejemplo, de personas mayores, éstas mantienen su plena libertad, para realizar, cuando lo deseen, determinadas actividades solas o, acompañadas de otras personas (familiares o amigas), trasladarse hasta su antiguo domicilio e incluso quedarse en el mismo el fin de semana. En tales supuestos - como en otros fácilmente imaginables, como un internamiento temporal hospitalario, o su traslado a otra ciudad para pasar unos días con otros hijos o parientes, por ejemplo - no decae la reducción de jornada durante tales días pues el horario reducido acordado entre las partes es el que debe cumplirse en tanto dure la medida (como tampoco estaría, lógicamente, obligada la empresa a proporcionarle trabajo en esas horas y abonárselas, por la simple alegación del actor de que ese día su madre no lo necesitara). Al no apreciarse transgresión de la buena fe contractual por estos motivos, el despido debe calificarse como nulo¹¹⁷.

3.2. La excedencia prevista en el art. 46.3 ET

El art. 46.3 ET regula la excedencia por cuidado de hijos y la excedencia por cuidado de familiares. Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La ley no prevé ningún plazo para solicitar la excedencia, aunque es frecuente que los convenios colectivos sí lo hagan.

Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. La duración de la reserva del mismo puesto de trabajo puede ser superior en dos casos:

¹¹⁵ STSJ CAN 2442/2017, de 15 de diciembre.

¹¹⁶ STSJ CAT 3715/2015, de 30 de marzo.

¹¹⁷ STSJ GAL de 11 de mayo de 2022.

- Cuando la persona trabajadora forme parte de una familia que tenga reconocida la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial.
- Cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses.

Pese a que la ley se expresa en unos términos ambiguos, pudiendo pensarse que a partir del segundo año sólo existe un derecho preferente de reingreso en una vacante del mismo grupo profesional o categoría equivalente, el artículo es claro al hablar de “reserva”. En el primer año, el empresario debe garantizar la reincorporación en el mismo puesto de trabajo, mientras que, a partir del segundo año, podrá ofrecer otro puesto, siempre que sea del mismo grupo o categoría equivalente.

Los arts. 55.5 y el 53.4 ET limitan la protección a la excedencia por cuidado de hijos o familiares regulada en el art. 46.3 ET, dejando fuera la excedencia voluntaria, aunque, con frecuencia es solicitada por los progenitores de hijos mayores de tres años para atender a su cuidado en momentos puntuales (por ejemplo, en vacaciones). Si la extinción tiene lugar durante el disfrute de otro tipo de excedencia, encontrándose embarazada la trabajadora el despido sería nulo por su situación de embarazo¹¹⁸.

No desaparece la protección reforzada, por el hecho de que el trabajador esté prestando servicios en otra empresa durante la excedencia, cuando ésta le permite compaginar el trabajo con el cuidado de sus hijos menores de edad¹¹⁹.

3.3. La extensión temporal de la tutela objetiva y automática

La letra b) del segundo párrafo de los arts. 55.5 y 53.4 ET, hace nacer la protección a desde que el trabajador presenta la solicitud para ejercitar el correspondiente derecho, aunque haya sido denegado¹²⁰ y se extiende durante todo su disfrute. Respecto del modo de presentar la solicitud, no es preciso que se realice por escrito, por cuanto la normativa aplicable no exige formalidad alguna¹²¹. Resulta suficiente que la empresa sepa que tiene la intención, por futura que sea, de acogerse a ese derecho; incluso aunque no pasara de un mero comentario, y con independencia de que el intento de reducción de jornada se llevara luego a cabo, finalmente¹²².

¹¹⁸ STSJ CL 4068/2017, de 9 de noviembre.

¹¹⁹ STSJ M 6624/2021, de 12 de mayo: en este caso no existe transgresión de la buena fe contractual.

¹²⁰ STSJ GAL 1242/2022, de 15 de febrero.

¹²¹ STSJ CAT 4386/2017, de 30 de mayo.

¹²² Es nulo el despido de trabajadora que había comunicado en la redacción del periódico donde trabajaba y ante sus compañeros de trabajo que iba a pedir una reducción de jornada, habiendo reconocido la empresa la improcedencia del despido, sin alegar, ni menos aún acreditar, el motivo que pudiera justificarlo (STSJ BAL 83/2016, de 21 de enero, aclarada por auto de 10 de marzo). Sin embargo, en la STSJ M 8942/2022, de 8 de julio, en un supuesto donde la solicitud de la reducción se cursó a través de un correo electrónico enviado a una persona que trabajaba en RRHH, debido a que el teléfono de la directora comunicaba

A diferencia de las situaciones descritas en la letra c), no existe ningún tipo de protección reforzada en los períodos posteriores a la reincorporación, lo que es especialmente importante en la excedencia. En esta causa suspensiva del contrato, es preciso diferenciar dos situaciones distintas:

- primera situación: si el trabajador se reincorpora y con posterioridad es despedido, el despido deberá calificarse como improcedente, salvo que el trabajador aporte indicios de discriminación.

- segunda situación: si el trabajador preavisa su voluntad de reingresar, por finalización de la excedencia, y el empresario rechaza la reincorporación por inexistencia de vacante, en ese momento (ya sea durante el primer año o en los dos años posteriores), no puede concluirse de forma precipitada que se trata de un despido nulo por aplicación del art. 55.5 b), ya que previamente es necesario determinar si tal negativa constituye un “despido”. Como aclaró la STS 5405/2013, de 23 de septiembre (que rectificó doctrina anterior del propio Tribunal) “el derecho incuestionable al mismo puesto de trabajo o equivalente que le corresponde al excedente ex art. 46.3 ET supone la menos incuestionable nulidad de la negativa empresarial”, pero ello no supone inexcusablemente que el empresario esté realizando un despido. Para ello es necesario que concurren “hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario”. Esta voluntad extintiva no se da, por ejemplo, en la frase “no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional”, debiendo ejercer el trabajador la acción de reingreso, no la de despido. Pero, si la voluntad extintiva del empresario fuera clara, la conclusión es que sí se ha producido un despido que deberá calificarse como nulo por aplicación del art. 55.5 b), puesto que ha tenido lugar “durante la excedencia”¹²³.

En otro orden de cosas, los tribunales insisten en que no cabe la declaración de nulidad cuando se pide la reducción de jornada por guarda legal con el único fin de “blindarse” frente a un despido. La carga de la prueba del ánimo fraudulento recae sobre el empresario, pudiendo inferirse del hecho de que el trabajador tuviera conocimiento o fundadas razones para esperar un despido inminente¹²⁴ o de que se solicitara sólo diez días antes de la fecha de vencimiento de los contratos temporales¹²⁵. Sin embargo, no se deduce del mero hecho de que la reducción de jornada no se solicitase inmediatamente después de la reincorporación de la baja maternal, sino dos meses antes de la finalización de un contrato temporal que se declaró indefinido-no fijo¹²⁶. Corresponde al tribunal valorar si, pese a coincidir la fecha de la solicitud y la fecha de notificación del despido, se acredita que la decisión de despido estaba tomada antes de la solicitud de reducción de

continuamente, la Sala apreció que el despido era nulo por discriminatorio (ya que era una represalia frente a la comunicación de la reducción), pero que no era un supuesto de nulidad objetiva.

¹²³ STSJ M 5920/2022, de 27 de abril.

¹²⁴ SSTSJ PV 3867/2019, de 3 de diciembre, y M 1197/2021, de 25 de enero.

¹²⁵ STSJ M 2949/2019, de 6 de marzo.

¹²⁶ STSJ M 9017/2020, de 23 de julio.

jornada, en cuyo caso se rompería el nexo causal entre dicha solicitud y el despido producido que pudiera dar lugar a la nulidad del mismo¹²⁷.

3.4. ¿Otras situaciones relacionadas con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral?

No es posible hacer una aplicación analógica del precepto, que establece unos supuestos tasados legalmente, y aplicarlo a otros supuestos de solicitud y disfrute de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, como puede ser el teletrabajo, la adaptación de jornada o el horario flexible previstas en el art. 34.8 ET¹²⁸. Si el trabajador quisiera obtener la calificación de nulidad, debería aportar indicios de discriminación. Cuando el despido es posterior a la presentación de demanda ante los tribunales a través del proceso especial de conciliación de la vida familiar y laboral del art. 139 LRJS, cabría también solicitar la declaración de nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad¹²⁹. Lo que no se puede admitir, desde luego, es que el trabajador trate de preconstituir una prueba, como sucede cuando, conociendo o temiendo que va a ser despedido por incumplimientos graves, solicita la adaptación de jornada del art. 34.8 ET¹³⁰.

¹²⁷ STSJ AND 13839/2016 de 15 de septiembre, firme tras ATS 11912/2017, de 15 de noviembre; también STSJ AND 2486/2019, de 27 de febrero. La STSJ GAL 3127/2021, de 7 de mayo sí declaró nulo el despido, aunque la decisión de la empresa estuviera tomada con anterioridad a la presentación de la solicitud. En el caso analizado, la superior jerárquica y el trabajador venían sufriendo desencuentros, habiendo sido valorado negativamente en su desempeño en reiteradas ocasiones. En el curso de una reunión solicitada por el trabajador con dicha superior y con el departamento de recursos humanos, solicita la reducción de jornada por guarda legal, haciéndosele entrega, en el propio acto y sin solución de continuidad, de la carta de despido por motivos disciplinarios, decisión esta última que ya había sido tomada con anterioridad y que se postpuso por no haber encontrado a un sustituto. La sentencia calificó el despido como improcedente, porque la carta de despido entregada no contenía una explicación suficientemente detallada de los hechos imputados por la empresa al trabajador. Rechaza la nulidad por considerar que el despido está totalmente desvinculado de la solicitud de reducción de jornada ya que era desconocida por la empresa, La Sala revocó la sentencia y aplicó la literalidad del artículo 55.5 b) del TRET, condenando a la empresa a abonar una indemnización por daños morales en cuantía de 15.000€, tomando en consideración la LISOS. El fallo de la sentencia no contradice las sentencias procedentes del tribunal andaluz, que hemos citado anteriormente, y debe considerarse adecuado, toda vez que la defensa de la empresa se centra en la falta de conocimiento de que el trabajador iba a solicitar la reducción de jornada, dejando de lado la posibilidad de intentar probar que la solicitud se había presentado de forma torticera. En el panorama que se describe de la lectura de los hechos probados en la sentencia, había indicios suficientes para, al menos, intentar probar que el trabajador temía su próximo despido.

¹²⁸ STSJ M 7142/2017, de 22 de mayo.

¹²⁹ STSJ CL 4253/2012, de 12 de septiembre.

¹³⁰ STSJ GAL 7502/2020, de 14 de diciembre. Por ejemplo, en la STSJ CLM 1959/2017, de 18 de julio, la sala entiende que el despido del actor es discriminatorio por estar basado en su situación de enfermedad, así como en los numerosos permisos solicitados por él y por su esposa para llevar a su hijo a los profesionales médicos como consecuencia de la enfermedad que padece (déficit auditivo), siendo que además, con la decisión de despido del actor, la empleadora habría pretendido presionar a su esposa (también trabajadora de la empresa), para que tuviera que poner fin a su reducción de jornada por cuidado de hijo menor y volver a realizar la jornada ordinaria ante la situación de necesidad económica creada por el despido de su cónyuge. La sentencia de suplicación no considera desacertada la expresión “nulidad por simpatía” utilizada por la empresa recurrente.

IV. Conclusiones

La protección de la trabajadora embarazada y de las personas trabajadoras que ejercen sus derechos de conciliación de vida familiar y laboral (aunque limitados a determinados permisos, reducciones y excedencias) se articula en nuestro ordenamiento jurídico a través de una doble tutela. Una primera es la tradicional tutela antidiscriminatoria que requiere de un acto de discriminación por razón de sexo o por uno de los motivos recogidos en el segundo párrafo de los arts. 55.5 y 53.4 ET, que se identifican con el factor discriminatorio que el Tribunal Constitucional ha denominado “por circunstancias familiares”. Algunos tribunales superiores de justicia están interpretando que la discriminación por razón de sexo puede existir también en el caso de varón que es despedido por ejercicio de sus derechos de conciliación, al considerar que la persona indirectamente perjudicada es la mujer (discriminación indirecta por razón de sexo o discriminación refleja por asociación). No faltan sentencias que consideran que se produce también una vulneración de la garantía de indemnidad cuando el despido tiene lugar tras la presentación por el trabajador de una reclamación ante la empresa para poder ejercer sus derechos o, incluso, de una solicitud de información al departamento de RR. HH para conocer cuáles son sus derechos relacionados con la maternidad o paternidad.

Una segunda tutela, introducida por la Ley 39/1999, que ha sido sucesivamente mejorada en reformas posteriores, tiene carácter automático y objetivo. No exige el previo conocimiento por el empresario, ni siquiera por parte de la trabajadora, de la situación de embarazo. En el caso del ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral lo más habitual será que la empresa conozca que el trabajador ha solicitado o está disfrutando de los consiguientes derechos, pero no siempre será así, por ejemplo, porque el trabajador no haya comunicado a través de los mecanismos formales su intención de solicitar un permiso a la empresa (se ha comunicado a los compañeros, por ejemplo). En cualquier caso, la tutela se aplica automáticamente, aunque el empresario desconozca este hecho. La norma ha liberado al trabajador de la obligación de aportar indicios de discriminación, bastando con la prueba del hecho objetivo de que se encuentra en una de las situaciones descritas en el segundo párrafo del art. 55.5 y del 53.4 ET.

Paradójicamente la tutela judicial que otorgan estos dos preceptos es más enérgica y está más reforzada que la tutela discriminatoria, lo que lleva a preguntarnos sobre la aplicación práctica del primer párrafo de ambos preceptos. En este sentido, la doctrina de suplicación se encuentra dividida en torno a la naturaleza jurídica de la tutela objetiva, incluso dentro de un mismo tribunal se aprecia esta división. Un primer sector se inclina por considerar que todo despido nulo *ex* segundo párrafo de los arts. 55.5 y 53.4 ET, es discriminatorio, con la consecuencia de que la condena al abono de indemnización por daños morales es también automática. Si así fuera, lo razonable es interpretar que estos despidos deberían tramitarse por el proceso especial de despido disciplinario o de extinción por causas objetivas, pero con las garantías del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, con excepción de la desviación de la carga de la prueba que el legislador habría eliminado en estos supuestos. Una segunda corriente judicial diferencia ambos tipos de tutela,

interpretando que el legislador ha creado una nueva categoría jurídica que es ajena al móvil discriminatorio. De esta forma, se diferenciaría, por ejemplo, entre el despido debido al embarazo de mujer trabajadora y el despido que tiene lugar durante el embarazo de mujer trabajadora. Si, además, el trabajador considera que su despido es discriminatorio, deberían aplicarse en el proceso de despido, las garantías del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, incluida la obligación de aportar indicios de discriminación. Se desviaría la carga de la prueba, no para obtener la calificación de nulidad, sino para que la sentencia condene al abono de indemnización por daños morales. Hasta la fecha el Tribunal Supremo no se ha pronunciado.

Descendiendo al análisis de las situaciones identificadas en el segundo párrafo de los arts. 55.5 y 53.4 ET, constituyen auténticos “períodos blindados”, durante los cuales el despido sólo puede ser calificado como procedente o como nulo. No cabe la declaración de improcedencia, ni siquiera por incumplimiento de requisitos formales, sin que quepa en este caso la posibilidad de realizar un nuevo despido, como permite el art. 110.4 LRJS para los despidos improcedentes.

En las letras a) b) y c) se definen la mayoría de las situaciones relacionadas con el embarazo y con el ejercicio de los derechos de conciliación de vida familiar y laboral. Sin embargo, quedan fuera de la protección la solicitud y disfrute de los derechos de adaptación de jornada o de condiciones de trabajo regulados en el art. 34.8 ET, y también la excedencia voluntaria, normalmente de corta duración, solicitada por los progenitores para cuidar de sus hijos o familiares en períodos puntuales (lo que se facilitó notablemente por el legislador, tras reducirse el período mínimo de excedencia a los cuatro meses).

En el estudio se han delimitado conceptualmente los distintos períodos, lo que no siempre resulta fácil en la práctica, como se pone de manifiesto en las sentencias analizadas. Hay cuestiones que deberían ser resueltas por el legislador con más claridad, como el tratamiento de embarazos ectópicos o de abortos. Se aprecia también una superposición de situaciones. Así, la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo, se encuentra ya protegida por el embarazo de la mujer trabajadora. Esa superposición es puesta de manifiesto en algunas sentencias que concluyen que el despido puede ser declarado nulo con base en varias letras del segundo párrafo de los arts. 55.5 y 53.4.

El ámbito temporal de protección de las letras a) b) y c) no coincide. En la letra a) la protección empieza con la notificación del despido, se extiende durante su disfrute y la reincorporación “tras la suspensión”, finalizando doce meses después del nacimiento. No se hace referencia a la solicitud de la suspensión, quizá porque la legislación no establece ninguna obligación de preaviso. Esta omisión plantea problemas en los casos de anuncio de próxima paternidad y de solicitud de riesgo durante el embarazo y la lactancia, donde el empresario tiene que cumplir algunos trámites para que la trabajadora pueda solicitar la prestación. Sería deseable que en estos supuestos también empezará la protección desde la solicitud. Por otro lado, la protección tras la reincorporación se limita a la suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, dejando fuera la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y las

enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia. Podría considerarse que en estos supuestos no es necesaria la protección, sin embargo, la lectura de las sentencias revela la indefensión en que se encuentran las trabajadoras que han tenido que finalizar la suspensión de contrato por riesgo durante embarazo debido a un aborto, o de una baja por IT causada por embarazo ectópico que ha finalizado con aborto químico. En todo caso, desde una interpretación finalista, es razonable interpretar que el legislador no exige que la reincorporación tenga lugar inmediatamente después de la finalización de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, sino que podría tener lugar con posterioridad, tras disfrutar los trabajadores de la acumulación de lactancia, de vacaciones, de suspensión de contrato por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural o de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural.

En la letra b) la protección se inicia desde el embarazo y se extiende hasta el comienzo de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor. Tratándose del ejercicio de los permisos y reducciones de los arts. 37.4, 5 y 6 ET y de la excedencia del art. 46.3 ET, la protección comienza desde la presentación de la solicitud y se prolonga durante su disfrute, pero no alcanza al período posterior a la solicitud. Los tribunales son flexibles al interpretar cuándo el trabajador está presentando una solicitud de alguno de estos derechos, atendiendo, no al nombre, sino a la necesidad para la que se solicita. Por otro lado, parece existir un convencimiento entre los trabajadores de que está prohibido despedir a quienes se encuentren en alguno de los períodos blindados, lo que lleva a solicitar estos derechos con el único fin de protegerse frente a un despido. En estos casos, recae sobre el empresario la carga de demostrar que el derecho se solicitó con ánimo fraudulento.

Quedan cuestiones pendientes de resolver, que se van a plantear cada vez con más frecuencia. No referimos al tratamiento de los períodos de actividad, cuando la suspensión por nacimiento y cuidado de menor se disfruta de forma fraccionada, o la protección del trabajador que ha comunicado en la empresa el embarazo de su mujer o su próxima paternidad. Los tribunales están enfocando su protección desde el punto de vista de la tutela antidiscriminatoria, pero sería deseable, que el legislador estableciera que se encuentran protegidas por la nulidad objetiva. Por otro lado, se hace necesario aclarar el carácter obligatorio de la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado de menor, durante las seis semanas posteriores al parto, en el caso de progenitor distinto de la madre biológica. Mientras que unos tribunales estiman que la protección empieza con el parto, aunque el trabajador no haya disfrutado de la suspensión del contrato, ya que esta empieza *ope legis*, otros tribunales, sin embargo, exigen que la suspensión se disfrute de forma efectiva.

Finalmente, si bien la tutela de la situación de embarazo y la de las personas que ejercen sus derechos de conciliación de vida familiar y laboral se ha equiparado, se mantiene, todavía sin transponer a nuestro ordenamiento jurídico la tutela preventiva prevista en el art. 10.2 de la Directiva 92/85, que consiste en la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

Bibliografía

ALAMEDA CASTILLO, M.T., (2021), “Hay más que nulidad objetiva en el despido por embarazo: la tutela constitucional exige indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2021, de 18 de junio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 465.

BALLESTER PASTOR, M. A. (2019). “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, Vol. 4, núm. 2, <https://org.doi/10.20318/femeris.2019.4763>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., (2018),” Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso Porras Guisado”, Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada del día 1 de junio de 2018, Disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>(recuperado el 17 de marzo de 2022).

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., (2022), “Nulidad objetiva por maternidad e indemnización complementaria”, Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-nulidad/#ocom> (recuperado el 13 de julio de 2022).

FOLGUERA CRESPO, J.A., (2011) “De las modalidades procesales”, en, AA.VV. (Folguera Crespo, J.A., Salinas Molina, F., y Segoviano Astaburuaga, M.L., dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social*, “Lex Nova”.

LOUSADA ARONCHENA, J.F., (2019), “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación”, *Revista Derecho social y empresa*, núm. 11.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., (2021), “El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 463.

MOLINA NAVARRETE, C., (2018), “El ‘plus de riesgo de despido’ de las mujeres embarazadas: ¿‘indemnización disuasoria’ también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 42.

POQUET CATALÁ, R., (2020), “Análisis del despido nulo ex Art. 55.5 ET”, *Femeris*, vol. 5, núm.3. <https://org.doi/10.20318/femeris.2020.5764>.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., (2020), “Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 453.

TODOLI SIGNES, A., (2021),” Indemnización adicional siempre que hay vulneración de DDF. Y ¿Cómo la calculamos?”, Blog *Argumentos en Derecho Laboral*, entrada del 23 de junio de 2021, <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>

TORMOS PÉREZ, J.A., (2021), “Impugnación jurisdiccional del despido colectivo: especial referencia a los criterios de selección”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11(1), 243-283, <https://doi.org/10.4666/lexsocial.5476>

XOLÁ I MOLLENS, A., (2020), “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, *IUSLabor*, núm. 1, <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2020.i01.01>.