

editorial

En este boletín, además de las habituales reseñas legales, os ofrecemos dos interesantes comentarios jurisprudenciales: el primero, sobre **la declaración de nulidad de un despido de una mujer embarazada**, a cargo de Carolina Gala, y el segundo, de nuevo sobre **la aplicación de los días de libre disposición al personal laboral**, esta vez a cargo de Xavier Boltaina.

legislación

RESOLUCIÓN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2009, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, POR LA QUE SE PUBLICA LA RELACIÓN DE FIESTAS LABORALES PARA EL AÑO 2010 ([acceso al texto](#)).

sentencias

¿ES NECESARIO COMUNICAR LA SITUACIÓN DE EMBARAZO AL EMPRESARIO PARA QUE SE PUEDA DECLARAR LA NULIDAD DE UN DESPIDO?

Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2009, de 18 de mayo ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

En esta sentencia del TC, que reafirma la postura ya defendida en la sentencia 92/2008, de 21 de julio, se plantea una cuestión a la vez sencilla y muy conocida -desde la perspectiva de los hechos- y también compleja -desde la vertiente de la interpretación de la norma aplicable-. Una trabajadora es despedida sin que en la carta de despido se indique causa o motivo alguno, reconociendo la empresa su improcedencia; pero la trabajadora estaba embarazada en el momento del despido, situación que no había comunicado al empresario. Estos hechos dan lugar a tres interrogantes: a) ¿nos encontramos ante un despido improcedente por falta de causa, tal y como reconoció la propia empresa o, b) ¿nos hallamos ante un despido nulo por razón del embarazo, por vulneración del art. 14 CE? y, sobre todo, c) ¿para que un despido pueda ser calificado como nulo, la trabajadora tiene que haber comunicado previamente su embarazo al empresario?

El TC ampara a la trabajadora, haciendo una interpretación muy protectora del contenido del art. 55.5.b) ET, sobre la base de los siguientes argumentos:

- **En el marco del art. 55 ET no se puede calificar nunca un despido de improcedente.** El despido únicamente podrá ser calificado como procedente (cuando se pruebe la causa disciplinaria invocada en la carta de despido y que, lógicamente, nada puede tener que ver con la situación de embarazo), o nulo (cuando no se pruebe la causa alegada).
- La acreditación del previo conocimiento del embarazo por parte del empresario no es una exigencia para la declaración de nulidad del despido efectuada durante el periodo de embarazo. Tampoco lo es la previa notificación por parte de la trabajadora de dicha situación al empresario. Por el contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código Civil), además del criterio último y superior que es el de la interpretación de acuerdo con la Constitución, conducen a considerar que **la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con él.**
- La regulación legal de **la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada al derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE**, aunque también se puedan encontrar vínculos con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas (art. 40.2 CE), y la protección de la familia y de los hijos (art. 39.1 y 2 CE).
- Hay que distinguir el supuesto de nulidad en caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales (art. 55, primer párrafo), del supuesto del art. 55.5.b). Este último regula una nulidad objetiva, diferente de la nulidad por causa de discriminación, y que actúa en cualquier situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de trato discriminatorio o, inclusive, de que concurra o no un móvil de discriminación.
- **El legislador nacional ha optado por ir más allá de la Directiva comunitaria**, superando los niveles mínimos de protección previstos en la misma. Se configura un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, refuerzo que posee, además, una clara relevancia constitucional. En primer lugar, desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzada, a su vez, al dispensarse a la trabajadora de una prueba que a veces puede ser enormemente complicada y la exigencia de la cual limitaría la eficacia del derecho fundamental. Con ello se exime de la necesidad de demostrar el conocimiento por parte de un tercero, de

un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los otros y, en particular, de la empresa, por múltiples razones (incluso por el deseo de preservar el puesto de trabajo que se puede ver amenazado como consecuencia del embarazo).

- **Exonerar de la prueba del conocimiento del embarazo** y, con ella, de toda obligación de declaración previa, substituyéndola por la prueba, en caso de despido, de un hecho objetivo como lo es el embarazo en sí mismo, **constituye, sin lugar a dudas, una medida de refuerzo de las garantías ante un despido de la trabajadora embarazada**, a la vez que es plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).
- Hay que recordar que esta garantía reforzada alcanza, según el art. 55.5 b), el tiempo transcurrido entre la fecha de inicio del embarazo y la fecha del periodo de suspensión por maternidad.

En definitiva, tal y como ya se afirmó en la STC 92/2008, **el despido de una trabajadora que se produce entre la fecha de inicio del embarazo -inclusive cuando ella no tenga constancia- y la fecha de la suspensión por maternidad, será nulo cuando no se pruebe su procedencia por razones ajenas al embarazo, y la única prueba que deberá aportar la trabajadora se referirá exclusivamente a su situación física de embarazo en el momento del despido**, produciéndose, en consecuencia, una inversión de la carga de la prueba.

¿SE HA PUESTO FIN AL DEBATE SOBRE LA APLICACIÓN DEL ART. 48.2 EBEP AL PERSONAL LABORAL?

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009, recurso 67/2008 ([acceso al texto](#))

Comentada per Xavier Boltaina

En números anteriores del Boletín del CEMICAL (núm. 61 y 77) se analizaron diversos pronunciamientos judiciales que han debatido la aplicación de los días de libre disposición (art. 48.2 EBEP) al personal laboral. La STS objeto de este comentario parece que pone punto y final al debate, ya que desestima el recurso que se presentó contra la SAN de 25 de enero de 2008 (comentada en el núm. 61), sobre la base de los siguientes argumentos:

- El EBEP contiene un detallado régimen de permisos en su art. 48 (comprendido dentro del Capítulo V del Título III, arts. 47 a 50). Estos preceptos **están dirigidos “esencialmente” al personal funcionario**, como lo demuestra el mismo título del articulado y, más concretamente, el art. 48 que se refiere a “permisos de los funcionarios públicos”.
- Tan sólo **el art. 51 EBEP contiene una referencia expresa al personal laboral** cuando afirma que el régimen de permisos será el previsto en el Capítulo V y en la legislación laboral correspondiente, **pero no establece ninguna jerarquía entre los diferentes tipos de normas que regulan el disfrute de los días de libre disposición**. Ante ello, hay que recurrir al art. 7 EBEP, según el cual el personal laboral se rige, además de por la legislación laboral y los convenios colectivos, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan.
- El art. **48.2 no se puede entender como una “norma de derecho necesario”** de aplicación incondicionada, que obligue a modificar o adaptar el convenio colectivo del personal laboral. En este sentido, el TS acepta la doctrina fijada por la SAN de 25 de enero de 2008 según la cual **hay que comparar**, no sólo el régimen de días de libre disposición, sino **toda la regulación que prevea el convenio sobre permisos, licencias y vacaciones, con la prevista en el EBEP**. De acuerdo con esta doctrina, el art. 48.2 no se aplica siempre y en todo caso al personal laboral, sino que al amparo del art. 3 ET, el art. 48.2 no es aplicable con carácter preferente respecto de lo previsto en el convenio colectivo del personal laboral, sino **que es necesario determinar cual sea el conjunto normativo más beneficioso (convenio o EBEP). Prevalecerá y será de aplicación aquel régimen regulador que, en su conjunto, resulte más favorable**.
- En consecuencia, **no es factible sustituir, exclusivamente, el régimen sobre días de libre disposición previsto en un convenio** -en el caso que prevea alguno- **por el establecido en el EBEP. La técnica del “espiguelo” no es posible en el derecho laboral español**, de manera que una parte no puede imponer, unilateralmente, que para los supuestos en que coexistan dos normas diferentes, se elegirá para cada concreto la más favorable, rechazando aquellos aspectos menos favorables del EBEP.

El **criterio de la norma más favorable** -concluye el TS- **se ha de aplicar respetando la unidad de regulación de la materia, y en ningún caso, del redactado del art. 51 EBEP se puede deducir que se pueda aplicar siempre y con preferencia absoluta la normativa del EBEP sobre lo que haya previsto el convenio colectivo en materia de permisos para el personal laboral**.

Parece ser, pues, que el TS cierra el debate sobre la cuestión. Pero es evidente que a partir de ahora, superada la disquisición sobre la aplicación incondicionada del art. 48.2 al personal laboral -que no resulta factible-, **se hace preciso efectuar una labor comparativa entre lo que dispone el EBEP y lo previsto en el convenio colectivo de la corporación local sobre permisos, vacaciones y jornada de trabajo**. Ejercicio que no será fácil en todos los casos y que no deja de introducir un fuerte componente de inseguridad jurídica.