LA DESPROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, EN MATERNIDAD O LACTANCIA FRENTE AL RIESGO LABORAL DEL DESPIDO: UNA PROPUESTA DE TUTELA PREVENTIVA ANTE EL INCOMPRENSIBLE INCUMPLIMIENTO TRANSPOSITIVO

JOAN AGUSTÍ MARAGALL
Iuslaboralista (ex abogado, ex magistrado especialista en el orden social)

No existen, que me conste, datos estadísticos oficiales que reflejen el número de mujeres embarazadas, en situación de maternidad o lactancia que son despedidas anualmente en España. Mediante datos indirectos, algunas fuentes (El Confidencial 5.1.26, RRHH Digital 29.6.07) infieren que hasta el 25% el porcentaje de mujeres en dichas situaciones pueden ser despedidas cada año (incluyendo la no renovación de contratos temporales en el marco de una cadena de sucesión contractual).

La actual Ministra de Trabajo ha expresado, en reiteradas ocasiones, su preocupación e indignación por estos despidos (La Provincia, 5.9.25, Última Hora, 26.9.25), reivindicando la eficacia de la tutela judicial en orden a conseguir la declaración de nulidad de los mismos. Pero esta tutela, como es sabido, es estrictamente reparativa, no evita dichos despidos, cuando creo que está en su mano intentar reducir el número de los mismos mediante la implantación de una inexistente, hoy por hoy, tutela preventiva, obligada por la la Directiva 92/85 de 19 de octubre de 1992, de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

En efecto, tengo la convicción que este porcentaje disminuiría notablemente si el legislativo integrara en nuestro marco normativo dos mandatos preventivos claros y concretos, establecidos en dicha Directiva 92/85: reconociendo el despido como un grave riesgo laboral en dichas situaciones y procediendo a su prohibición, en principio y como regla general, salvo situaciones excepcionales.

Recuérdese que dicha directiva, después de establecer, en su quinceavo "considerando", que el riesgo de despido de la trabajadora en tales circunstancias *"puede tener consecuencias perjudiciales sobre su salud física y psíquica*", en su artículo 10 y bajo el título, «*prohibición de despido*», dispuso que "*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo*", fijando para ello, en su artículo 14, un plazo de dos años.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Pasados más de 33 años desde la promulgación de tal Directiva, nuestro marco normativo sigue sin reconocer el despido en tales situaciones como un riesgo laboral y sin establecer la prohibición -categórica y explícita- del mismo, como sí han hecho el hecho la gran mayoría de Estados de la UE, incluso algunos de ellos (Alemania, Holanda y Portugal, con distintos matices) fijando la obligación de previa autorización o supervisión (lo cual -según aclaró la STJUE Jiménez Melgar (C-438/99)- no resulta estrictamente obligado por la Directiva, sino que queda a criterio de los estados miembro).

La actual Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales -en cuya exposición de motivos se afirma transponer no solo la Directiva Marco 89/391 de prevención sino también la Directiva 92/85 de protección de la maternidad- en su artículo 26, titulado "*protección de la maternidad*", ni hace referencia alguna al riesgo del despido ni integra la regla general de prohibición del mismo, salvo situaciones excepcionales, obligada por el art. 10.1 de la Directiva 92/85.

Esta pasividad del legislativo resulta especialmente grave por cuanto la STJUE Porras Guisado de 22.2.18 (C-103/16), si bien validó el despido de la mujer en tales situaciones en el marco de un despido colectivo como "situación excepcional" excluida de la prohibición (siempre que se acredite la objetividad de su afecdtación), dejó muy claro -en su tercer pronunciamiento- el incumplimiento transpositivo existente en nuestro marco normativo respecto del despido individual al concluir que "*el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal*".

Fundamenta tal conclusión, en su apartado 59, en que "*el artículo 10 de la Directiva 92/85 opera una distinción expresa entre, por un lado, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y por otro, la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación*", añadiendo que "*por consiguiente, la transposición correcta del mencionado artículo obliga a los Estados miembros a establecer esta doble protección*", y, ya en el apartado 64, que "*habida cuenta del riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo".*

El reproche es muy claro: son dos tutelas distintas las que contempla el art. 10 de la Directiva ambas igualmente exigibles, y nuestro ordenamiento sólo ha transpuesto la tutela reparativa de su apartado 3º, que no evita el riesgo, pero no la del apartado 1º, la prohibición legal del despido.

Quizás la causa de este incomprensible y persistente incumplimiento transpositivo haya que buscarla en que, históricamente y con alguna excepción, tanto la doctrina

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

científica como la jurisprudencia han prestado poca atención a la "tutela preventiva" establecida en el art. 10.1 de la Directiva 82/95 (no transpuesta), y han centrado su atención en las más modernas tutela antidiscriminatoria o en la tutela "objetiva o automática" (introducida por la Ley 39/99, en pretendida transposición de la Directiva 92/85), que no dejan de ser tutelas estrictamente "reparativas", que no evitan el despido y muy difícilmente logran la readmisión efectiva de la trabajadora (por cuanto, en la mayoría de los casos, se alcanzan acuerdos extintivos indemnizatorios, ya sea en conciliación o en ejecución de sentencia), con lo cual el despido -entendido como riesgo que pretende combatir la Directiva 92/85 durante las situaciones protegidas- queda consumado en lugar de eliminado. Y aún en aquellos pocos casos de readmisión, la trabajadora habrá vivido el embarazo, la maternidad y la lactancia estando despedida, esto es, habrá padecido el riesgo que pretende evitar la Directiva 92/85.

Por ello, y a la espera de la obligada transposición a la normativa nacional de la tutela preventiva, dado que la prohibición general de despido genera efecto directo (según ya declaró la STJUE Jiménez Melgar C-438/99, ap. 33 y 34), entiendo que las obligaciones y los mecanismos preventivos establecidos en la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, interpretadas y aplicadas bajo el principio de efectividad, debieran posibilitar una mínima tutela preventiva "ex ante" del despido, que pudiera llegar a evitarlo, o, en todo caso, propiciar una corrección o reconsideración inmediata. Esta vía interpretativa que se propone puede concretarse en los siguientes puntos:

1.-. Asunción de que el despido individual es un riesgo laboral en las tres situaciones protegidas -embarazo (comunicado o conocido por la empresa), maternidad y lactancia natural- en aplicación directa de la Directiva 92/85.

2.- Aplicación a dicho riesgo de todas las obligaciones establecidos en la LPLRL (arts. 14, 15.1, 21, 25 y 26) para evitar la exposición a dicho riesgo, potenciando el papel de la Inspección de Trabajo en su función de vigilancia y control del mismo (art. 9 LPRL).

3.- Asunción de la prohibición de despido individual, como regla general, durante las tres situaciones protegidas, transcurridas las cuales la empresa recuperaría su plena facultad extintiva, tanto la objetiva como la disciplinaria, respecto de la cual -lógicamente- la prohibición de despido habría interrumpido la prescripción de los hechos sancionables.

4.- Si la empresa, bajo su responsabilidad, considera que concurre una "situación excepcional" que exija o requiera el despido inmediato de la trabajadora en la situación protegida (sin esperar a que finalice la misma) deberá informar previamente a la trabajadora de la decisión de despido (art. 21.1 LPLRL) así como a sus representantes legales y/o preventivos (art. 18 LPRL), al poder comportar el mismo un "*riesgo grave e inminente*", explicando las razones que, excepcionalmente y a su juicio, justificarían tal decisión frente a la prohibición general de despido.

5.- En tal sentido, la máxima gravedad imputada a los hechos sancionados, inherente a todo despido disciplinario, no debería entenderse -por si sola- como "situación

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

excepcional" que exonere de la prohibición temporal y, con ella, de la tutela preventiva (salvo concurrencia de circunstancia excepcional que haga inaplazable el despido).

6.- La trabajadora y/o sus representantes, una vez conocida la intención empresarial del despido (ya sea por la comunicación ex arts. 18 o 21.1 LPRL, por el previo pliego de cargos, en el despido disciplinario, o por el preaviso en el despido objetivo), caso de discrepar de la perentoriedad del mismo, están plenamente legitimados para denunciar con la máxima urgencia, ante el servicio de guardia de la Inspección de Trabajo, el incumplimiento de la prohibición de despido y de las medidas preventivas del art. 26 LPRL ya expuestas, en cuanto supone exponerla (a ella y a su hijo/a) a un riesgo grave e inminente (en razón de lo que dispone el art. 44 LPRL y desarrolla el criterio técnico 104/2021 de la Inspección de Trabajo en materia de riesgos psicosociales).

7.-La Inspección de Trabajo, en uso de sus competencias en materia preventiva (tal como se prevé en los arts. 9, 43 y 44 LPRL), debería atender y resolver con la máxima urgencia tal denuncia, dado el carácter grave e inminente del riesgo, y valorar si concurre "situación excepcional" que justifique no respetar la prohibición de despido ex art. 10.1 de la Directiva 92/85 para, en caso contrario y de conformidad al art. 43 y 44 LPRL, requerir a la empresa para que paralice la decisión de despido (cuando la misma todavía no se hubiera formalizado) o la deje sin ningún efecto, advirtiéndole de las responsabilidades legales en caso de incumplimiento.

8.- En todo caso y sin perjuicio de esta posible intervención de la Inspección de Trabajo, de llevarse a efecto el despido sin respetar la prohibición establecida en el art. 10 de la Directiva, la impugnación judicial del despido debería integrar tal tutela preventiva mediante la invocación, en primer lugar, de la vulneración del derecho a la integridad física y moral recogido en el art. 15 (y no solo la de la discriminación por razón de sexo ex art. 14 CE, indisociable de la anterior), postulando el señalamiento en el plazo de cinco días posterior a la admisión de la demanda (análogamente a lo que prevé el nuevo apartado 4º del art. 103 LRJS), así como la suspensión de los efectos del despido impugnado y la inmediata readmisión de la trabajadora, como medida cautelar al amparo del art. 180.1 LRJS, por cuanto -de no acordarse la suspensión- la finalidad preventiva (evitar las posibles consecuencias irreparables del despido en la salud de la trabajadora y/o de su hijo) se frustraría por completo.

CITA: AGUSTÍ MARAGALL, Joan, "La desprotección de la trabajadora embarazada, en maternidad o lactancia frente al riesgo laboral del despido: una propuesta de tutela preventiva ante el incumplimiento transpositivo", Briefs AEDTSS, número 63, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2026.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).