



# PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

La aprobación de nuevos instrumentos internacionales de protección de la lactancia y la maternidad en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, fundamentalmente el Convenio 183, sirve de causa para el estudio tanto de su repercusión a nivel interno, como para su contraste con otras normas supranacionales.

De hecho, es la evolución legislativa y jurisprudencial en el ámbito de la Unión Europea de las cuestiones referidas a la protección de la mujer trabajadora y, en especial, de las técnicas de tutela, el primero de los ejes de estudio. Desde esta perspectiva, se analizan pormenorizadamente los supuestos de discriminación, las distintas reglas de solución —tanto de protección de la maternidad como, complementariamente, de no discriminación por razón de sexo— y los términos en que se desarrolla el debate sobre el equilibrio de intereses inmanente en el ámbito de las empresas, del que cabe destacar como la mayor onerosidad de la prestación no va a servir, en ningún caso, como argumento justificativo.

En el terreno interno, la aproximación se realiza a través del repaso de la doctrina del Tribunal Constitucional, en la que pone de manifiesto como son casi siempre supuestos de extinción, como despidos expresos o tácitos, los supuestos enjuiciados. De esta doctrina, destaca la autonomía que ha alcanzado la tutela del embarazo respecto de otros casos de discriminación, en cuanto que rasgo exclusivamente de la mujer, lo que obvia la necesidad del término comparativo, y con independencia, eso sí, de la cuestión más polémica en la actualidad —por la posible contradicción interna del Tribunal—, es decir, la del conocimiento de tal hecho o circunstancia por parte del empresario.

La regulación positiva, tanto de la protección del riesgo durante el embarazo como de la maternidad en sí misma considerada, y ya desde su tratamiento prestacional como desde su repercusiones en el plano contractual, cierran finalmente el análisis.



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 92/85
  - 2.1. Desde la perspectiva estricta de higiene y seguridad
  - 2.2. Desde la perspectiva de protección de la mujer embarazada
3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS
  - 3.1. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 92/85
  - 3.2. Comenzada la vigencia de la Directiva 92/85
4. LA PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y LA DOCTRINA DEL TC
5. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO
  - 5.1. La protección frente a riesgos laborales en el trabajo y la suspensión por riesgo por embarazo
  - 5.2. El permiso por maternidad
    - 5.2.1. Titularidad
    - 5.2.2. Naturaleza del permiso
    - 5.2.3. Ejercicio y duración del permiso
    - 5.4.4. Permiso y otros derechos derivados del contrato de trabajo
  - 5.3. La reducción de jornada por lactancia
6. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL CORRESPONDIENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO POR EMBARAZO Y MATERNIDAD
  - 6.1. Las prestaciones por riesgo por embarazo
    - 6.1.1. Situación protegida
    - 6.1.2. Beneficiarias
    - 6.1.3. Dinámica de la prestación
  - 6.2. Las prestaciones por maternidad
    - 6.2.1. Situación protegida
    - 6.2.2. Beneficiarios
  - 6.3. Un remate coherente: la nulidad de los despidos fundados en el ejercicio de los derechos de protección de la maternidad y riesgo por embarazo
7. A MODO DE CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

La tutela de la mujer embarazada ha sido uno de los puntos de fricción por los que se ha introducido primeramente la legislación internacional de tutela del trabajo femenino. El ejemplo del Convenio 3 de la OIT, de 1919<sup>1</sup> es palmario al respecto, aunque su normativa se encuentre ampliamente superada dentro de la propia OIT.

<sup>1</sup> Se trata de una regulación que gira, sobre todo, en torno al permiso por maternidad, a su duración y a los derechos que asisten a la mujer en ese periodo y en los que padezca enfermedades por razón del embarazo: «Artículo 3. En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá pro-

En efecto, en el marco de la OIT, los sucesivos avances generados en Declaraciones de derechos de las mujeres, sobre todo a partir de la Conferencia de Beijing en 1995, obligan a revisar los instrumentos sobre estas materias, y en especial los entonces vigentes de 1952, en buena medida superados por la realidad. Y fruto de esta tarea de revisión son el Convenio 183, de 15 de junio de 2000 (aún no ratificado por España) y la Recomendación número 191, de la misma fecha, que por su interés sintetizaremos a continuación.

Ambos instrumentos, pero sobre todo el Convenio abordan el problema del tratamiento laboral de la mujer que va a ser madre como un ámbito polisémico, con significados en varias áreas sustanciales: por supuesto, como un supuesto en que se producen *alteraciones fisiológicas* que, aunque no constitutivas de una enfermedad, pueden llegar a ser incompatibles con el trabajo (art. 3), por lo que han de generar una batería de *suspensiones del contrato* que pongan a la mujer a salvo de la extinción de éste por imposibilidad de cumplimiento (art. 4); también como un periodo en el que pue-

bablemente en un término de seis semanas; c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto; d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia». Por su parte, el art. 4, en referencia a las enfermedades que tengan su origen en el embarazo o el parto, establece lo siguiente: «Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia». El Convenio 3, de 1919, sería modificado y ampliado sensiblemente por el Convenio 103, de 1952, y recientemente por el Convenio 183 sobre protección de la maternidad, de 15 de junio de 2000. Tomando en cuenta las más recientes declaraciones internacionales de tutela de la mujer, el Convenio trata de abarcar en su integridad la tutela de la mujer embarazada o a punto de dar a luz, trabajadora o no, desde la perspectiva de la salud de la misma, del descanso por maternidad y las prestaciones asociadas a él, de la interdicción de la discriminación por el ejercicio de sus derechos al respecto, y del tratamiento de las enfermedades relacionadas con el embarazo y el parto. Su compleja regulación no puede dejar de ser tenida en cuenta a la hora de interpretar la normativa comunitaria y su aplicación en países que hayan suscrito el Convenio 183 —que no es el caso de España todavía—, en la misma de orientación de la interpretación puede citarse la Recomendación num. 191, igualmente de 2000.

den surgir *enfermedades que tengan en el embarazo o parto su origen* (art. 5); como una situación en la que el cese en el trabajo debe generar una serie de *derechos prestacionales* que cubran las necesidades de la mujer durante los periodos de descanso (art. 6 y 7); como una situación en la que se corre *un peligro especial de pérdida del empleo* por el ejercicio de los derechos reseñados antes (arts. 8 y 9) y el nacimiento del hijo da origen a una serie de derechos conexos de cuidado inmediato de éste (art. 10).

Se trata de una norma de tratamiento integral que, en breve:

- supone la necesidad de que los Estados miembros evalúen los riesgos que puede suponer el trabajo para las embarazadas, y adopten las medidas necesarias para que no sean obligadas a trabajar en esos ambientes (art. 3).
- reconoce a toda mujer que va a ser madre y así lo acredite, un periodo de licencia por maternidad de 14 semanas de duración, de las que al menos 6 semanas deberán ser posteriores al parto, prolongándose en su caso el periodo de descanso prenatal si la fecha del parto se retrasa (art. 4)
- se reconoce el derecho a una licencia adicional por enfermedades que resulten ser consecuencia del parto, con naturaleza y duración que deberán ser fijadas por los Estados (art. 5)
- dejando de lado las prestaciones médicas, las mujeres que hagan uso de sus derechos a las licencias reguladas en los arts. 4 y 5 deberán percibir prestaciones adecuadas que «garantice (n) a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado» (art. 6.2). Ello obliga a señalar indicios de esa «adecuación, que se fijan en la equivalencia como mínimo a los 2/3 de las ganancias profesionales anteriores o de las que se tomen como punto de referencia<sup>2</sup>. El Estado puede establecer condiciones para tener acceso a esas prestaciones, pero dichas condiciones deberán ser establecidas de modo que sean accesibles para la mayoría de las mujeres. Por su parte, para las que no puedan acceder a dichas condiciones, deberían preverse ayudas de asistencia social. En todo caso, se trata de ayudas que han de ser «adecuadas» y deben proporcionarse a través de sistemas de seguro según determinen las normas nacionales pues como regla general y salvo excepciones «un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que empleo sin el acuerdo expreso de ese empleador» (art. 6.8).

<sup>2</sup> Si el nivel de desarrollo del sistema de Seguridad Social no lo permitiera dichas prestaciones deberán ser, como mínimo, iguales a las previstas para los supuestos de incapacidad para el trabajo por motivos de salud (art. 7).

- la tutela del empleo y frente a la discriminación de la mujer trabajadora es otro de los campos vitales en la arquitectura del Convenio 183. Como regla general, se prohíbe el despido de la mujer embarazada, o durante el descanso por maternidad excepto por motivos no relacionados con el embarazo, que incumbirá probar al empresario (art. 8). En la misma línea, se prohíbe indagar sobre el estado de embarazo de la mujer en el momento de acceder a un empleo, salvo que se trate de acceder a empleos que supongan un peligro para la mujer embarazada o su hijo (art. 9)
- y, finalmente, se reitera el derecho a las interrupciones diarias o a la reducción de jornada asociados a la lactancia (art. 10).

La normativa de la OIT, incluso la más reciente, recoge de este modo el guante que lanzara el Convenio número 3 OIT, y no es arriesgado suponer que contribuye a marcar las pautas estándares de regulación del trabajo de la mujer en relación con la maternidad, incluso en aquellos países que no han ratificado la normativa originaria o la más reciente<sup>3</sup>.

Es posible detectar esta influencia también en el ámbito de la unión Europea, pero, en este marco, la propia dinámica de las instituciones comunitarias y la historia del desarrollo normativo de la política social han dado al ordenamiento comunitario una coloración especial que en buena medida lo explica y que por ello merece la pena reseñar.

En efecto, de todos es conocido el empuje que en el seno de la UE ha tenido la corriente normativa de tutela del trabajo de la mujer que, a partir

<sup>3</sup> Según la página web de la OIT –[www.ilo.org](http://www.ilo.org), la lista de países que ha ratificado este convenio es la siguiente:

País	Fecha de ratificación	Situación
Albania	24:07:2004	ratificado
Austria	30:04:2004	ratificado
Belarús	10:02:2004	ratificado
Bulgaria	06:12:2001	ratificado
Chipre	12:01:2005	ratificado
Cuba	01:06:2004	ratificado
Eslovaquia	12:12:2000	ratificado
Hungría	04:11:2003	ratificado
Italia	07:02:2001	ratificado
Lituania	29:09:2003	ratificado
Rumania	23:10:2002	ratificado

de la relativamente frágil base del art. 119 del Tratado de Roma, superó los límites iniciales, en una verdadera carrera en la que el Tribunal de Justicia y el legislador comunitario mantuvieron un fructífero diálogo de más de 20 años de duración. Esta orientación antidiscriminatoria sería el paraguas técnico que permitiría los primeros pronunciamientos comunitarios al respecto, que obviamente provendrían del Tribunal de Justicia.

Precisamente porque se articula en un contexto judicial, y más aún, de tutela frente a la discriminación, la protección de los derechos de las trabajadoras en orden a la maternidad es, en buena parte de los casos, una tutela meramente defensiva, de rechazo de los comportamientos privados y públicos que minusvaloraban el trabajo de la mujer por ser mujer, y circunscrita a lo que en terminología actual, denominaríamos discriminación «por razón de sexo». Por tratarse precisamente de una legislación defensiva poseía dos limitaciones importantes:

- a) La primera, que no asignaba contenido alguno a los derechos de los que la mujer disfrutara por ser madre en los países miembros (paradójicamente sólo se menciona la maternidad en unos términos muy vagos en la Directiva de 1986 sobre el trabajo autónomo), que serían puntualizados por la legislación nacional. Así, por ejemplo, en la STJUE de 13 de febrero de 1996, en el caso GILLESPIE (c-342/93), se descartan los argumentos de la recurrente en torno a la integridad y la cuantía de las prestaciones por maternidad, precisamente porque ni el art. 119 del Tratado ni la Directiva 75/117 «imponían la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad».
- b) La segunda que, incluso cuando se trataba de examinar estos derechos desde la perspectiva de la discriminación, no sería infrecuente que el control judicial del TJUE se detuviera ante el hecho de que se trataba de prerrogativas concedidas a mujeres, que no tenían parangón en el régimen de trabajo de los trabajadores masculinos, y que por tanto no podían generar supuestos de discriminación —como sucede, por ejemplo, en la Sentencia dictada en el caso BOYLE, (de 27 de octubre de 1998 caso c-400/95), respecto de la valoración de ciertos descansos por maternidad añadidos a los mínimos legales, que, al ser reconocidos sólo a las mujeres, no pueden generar resultados discriminatorios de éstas respecto de los hombres— con lo que la racionalidad protectora de estas medidas quedaba vacía de evaluación.

Una concepción más activa, positiva, dotada de contenidos paralelos a los que se enunciaban en la normativa OIT, e integral —de género— del papel de la maternidad y de las cargas familiares en el trabajo de la mujer no tenía cabida en esas primeras normas, y menos aún se mencionaban los

riesgos laborales específicos de las mujeres trabajadoras en los documentos más tempranos sobre higiene y seguridad <sup>4</sup>.

La incorporación de derechos de la mujer trabajadora que iba a ser madre tuvo lugar, pues, en el seno de las legislaciones y prácticas de los Estados.

Para dar un paso más allá respecto de la tutela de los derechos asociados a la maternidad de la mujer trabajadora haría falta esperar al Acta Única Europea y los avances que en política social posibilitaría la rebaja de la regla de la unanimidad en relación, entre otros temas, con la seguridad y salud laborales <sup>5</sup>.

Por esta vía, a partir de la Directiva 89/391 se sucede una multiplicidad de Directivas que se reclaman como ejecutivas de ésta, y que abordan aspectos muy diversos del régimen de la relación de trabajo, desde la pers-

<sup>4</sup> Por ser expresamente mencionado por el preámbulo de la Directiva 92/85, merece la pena mencionar la Decisión 74/325 del Consejo, que, en la panoplia de compromisos que implanta en orden a que la Comisión realice una serie de acciones en materia de protección de la salud en el ambiente de trabajo, no menciona las particularidades del trabajo femenino:

Artículo 1.—Se crea un Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, que en lo sucesivo se denominará «Comité».

Artículo 2.—1. El Comité estará encargado de asistir a la Comisión en la preparación y puesta en práctica de las actividades que se realicen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo. Esta tarea se refiere al conjunto de economía, con exclusión de las industrias extractivas dependientes de la competencia del órgano permanente para la seguridad y la salubridad en las minas de hulla y con exclusión del ámbito y de la protección sanitaria de los trabajadores contra los peligros resultantes de las radiaciones ionizantes, respecto al cual se aplican normas específicas en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. 2. El Comité se encargará, en particular: a) de intercambiar basándose en la información que pueda conseguir, puntos de vista y experiencias respecto a reglamentaciones existentes o proyectadas; b) de contribuir a elaborar un método común para resolver los problemas que se planteen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, y a determinar las prioridades comunitarias y decidir las medidas necesarias para su realización; c) de señalar a la Comisión los sectores en los que aparezca necesario adquirir nuevos conocimientos y llevar a cabo acciones apropiadas de formación y de investigación; d) de definir, en el marco de los programas de acción comunitaria y en colaboración con el órgano permanente para la seguridad y la salubridad en las minas de hulla: —los criterios y los objetivos de la lucha contra los riesgos de accidentes de trabajo y los peligros para la salud en la empresa, —los métodos que permitan a las empresas y a su personal evaluar y mejorar el nivel de protección; e) de contribuir a informar a las administraciones nacionales y a las organizaciones sindicales de trabajadores y de empresarios sobre proyectos comunitarios, a fin de facilitar su cooperación y favorecer códigos prácticos de conducta».

<sup>5</sup> Sobre esta regla y sus efectos, *vid.* PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La dimensión social del mercado único europeo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* número 47, 1991, págs. 385 y ss. Una valoración global sobre los avances normativos en materia de trabajo femenino, en CASAS BAAMONDE, ME., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, I, 1998, págs. 90 y ss.

pectiva de la prevención de riesgos laborales, con lo que se les quitaba la dificultad inicial que impidiera la adopción de Directivas en esa materia al amparo de la regla de la unanimidad. Desde luego, no se trató de una operación sin sobresaltos, y sin recursos ante el Tribunal de Justicia, para que revisara el fundamento de algunas Directivas más alejadas en apariencia de los contenidos típicos de la prevención de riesgos. De todos es conocida la vicisitud judicial que se originó en relación con la Directiva sobre tiempo de trabajo, y cómo el TJUE soslayó las dificultades que se le oponían desde una interpretación estricta de lo que debiera entenderse por prevención de riesgos y su contenido, afirmando la plena licitud de ésta y otras Directivas con aproximación semejante <sup>6</sup>.

Importa partir de esta característica de la evolución de la normativa comunitaria porque explica el particular contenido de la Directiva 92/85 CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o en periodo de lactancia, y la propia aprobación de ésta, ante las dificultades que había atravesado el previo proyecto.

La orientación de prevención de riesgos es, pues, un elemento de justificación de la Directiva en su momento, pero como es obvio, no podía ser el único elemento. Al contrario, como admite el propio preámbulo de la norma, «la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las Directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres». Por ello la Directiva 92/85 es tributaria también de una corriente jurisprudencial del TJUE que, desde la Sentencia dictada en el caso DEKKER, (de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88) afirmó la estrechísima, directa e inequívoca relación entre la desigualdad de trato basada en el sexo y la basada en el embarazo, el parto o el periodo de lactancia en que se encontrasen las mujeres trabajadoras. Tan es así que es a esta jurisprudencia más que a las cuestiones inherentes a la prevención de riesgos a la que hay que remitir gran parte de las normas contenidas en la Directiva.

Se trata, por tanto, de una Directiva con doble fundamentación: garantizar la salud de la trabajadora embarazada o lactante en el marco del contrato de trabajo, y garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no fuesen motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras que se encontrasen en este estado. La prevalencia, en cada caso,

<sup>6</sup> Especialmente STJUE 12 noviembre 1996, Comisión/Reino Unido (Ref. Ar. 1996/213). Parecidamente, STJUE 26 junio 2001 (Ref. Ar. 2001/179).



de una u otra vertiente dará origen a algunas peculiaridades interpretativas que resultan de sumo interés para valorar la forma en que en nuestro ordenamiento se han interiorizado sus mandatos.

## 2. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 92/85

Dada la pluralidad de influencias que la directiva registra, en ella es posible hallar una doble estructuración de su contenido: a) desde la perspectiva estricta de higiene y seguridad; b) desde la perspectiva de protección de la mujer embarazada

### 2.1. Desde la perspectiva estricta de higiene y seguridad

Desde el primero de los ángulos, la Directiva aborda la necesidad de que se evalúen los riesgos que el trabajo en ciertos ambientes o con ciertos medios pueden suponer para la mujer embarazada, para la salud del feto o de hijo nacido (durante el periodo de lactancia) o para ambos. Por ello impone a la Comisión «en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, establecerá las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras» embarazadas, o que hayan dado a luz recientemente (art. 3), directrices que deberán ser comunicadas a los Estados y por éstos a los empresarios y los trabajadores o sus representantes<sup>7</sup>. El art. 6, en conexión con los Anexos de la Directiva, detalla los ambientes y los elementos a los que no podrá verse expuesta la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Dicha evaluación deberá realizarse por los empresarios, determinando, de acuerdo con la normativa general sobre prevención de riesgos, los que puedan traer aparejados para las mujeres protegidas y las medidas que hayan de tomarse para paliar o neutralizar sus consecuencias (art. 4), entre ellas, una triple obligación alternativa del empresario: adaptar las condiciones de trabajo o de tiempo de trabajo de forma provisional para evitar la exposición al riesgo de la trabajadora; si no resultara «técnica y/u objetivamente posible» la adaptación, «o no puede razonablemente exigirse por motivos

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión, de 5 de octubre de 2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (COM (2000)466).

debidamente justificados», el empresario deberá garantizar el cambio de puesto de trabajo de la trabajadora afectada; y, si no son posibles ninguna de las alternativas anteriores, «la trabajadora afectada estará dispensada del trabajo» (art. 5)

A la misma óptica de tutela de la salud de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz recientemente se refiere el art. 7 de la Directiva, que establece la prohibición de trabajo nocturno «durante el embarazo o durante un periodo consecutivo al parto», que podrá establecerse en cada país, a la vista de un certificado médico que acredite la necesidad de que no se realice ese trabajo por la trabajadora embarazada. En cuyo caso, la solución se articula a través de la enunciación de obligaciones alternativas del empleador en términos ya conocidos: traslado a un trabajo diurno, o dispensa de trabajo de la trabajadora afectada «cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados». Se trata de una medida protectora altamente motivada —no basta con la sola acreditación del embarazo o el parto reciente sino es precisa además la acreditación de que el trabajo nocturno es inconveniente para la trabajadora protegida en cada caso—, lo que en buena medida recoge ecos de las dificultades que estas normas generaban en el empleo de las mujeres y la tendencia a eliminar la legislación protectora que se justifique por sí misma.

En todos estos casos deberán de garantizarse los derechos laborales de las trabajadoras afectadas, y la percepción de una prestación adecuada o el mantenimiento de la remuneración (art. 11.1)

## 2.2. Desde la perspectiva de protección de la mujer embarazada

Las innovaciones más interesantes incorporadas por la Directiva 92/85 se sitúan precisamente en este ámbito en que no está comprometida la salud de la trabajadora, o no sólo se encuentra comprometida la salud de la trabajadora. Son normas que tratan de ajustar sus compromisos familiares con los requerimientos propios del contrato de trabajo y, en la medida de lo posible, poner entre paréntesis los efectos laborales del embarazo y el parto.

La importancia relativa de estas normas es muy variada. Así, algunas se refieren a derechos puntuales de corta duración, como la garantía del derecho de las trabajadoras embarazadas a disfrutar de permisos remunerados para realizar los exámenes prenatales que procedan si tienen lugar durante el tiempo de trabajo (art. 9). Otras en cambio, abordan el grueso de la tutela de la mujer trabajadora embarazada a través de dos tipos de instituciones que, como hemos visto, ya había abordado con anterioridad la OIT:

- la primera institución protectora es la regulación del descanso por maternidad de 14 semanas ininterrumpidas como mínimo, de las

cuales al menos 2 deberán disfrutarse obligatoriamente después del parto (art. 8). Durante ese periodo deberán garantizarse los derechos laborales de la trabajadora afectada y en especial el «mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada», que lo será cuando garantice la percepción como mínimo de los ingresos «que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud» (art. 11.2). Dichos derechos podrán condicionarse por las legislaciones de los Estados a la observancia de los requisitos previos que procedan, siempre que, en caso de exigirse periodos previos de trabajo, éste no exceda del año anterior a la fecha prevista para el parto».

- la segunda institución está constituida por una norma prohibitiva: la prohibición de despido de las trabajadoras «durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad...salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado» que admita la legislación nacional, debiendo en todo caso el empresario probar la concurrencia de los motivos alegados (art. 10).

Aún tratándose de una norma importante por sus contenidos, la Directiva 92/85 deja sin resolver cuestiones puntuales de indiscutible importancia. Por obra de la jurisprudencia del TJUE se ha puesto de relieve una falla fundamental: la propia noción de despido que se maneja en el art. 10 de la Directiva parece que es restrictiva, técnica, y no comprende otros supuestos de extinción fundados en el embarazo, como pudiera ser la no renovación de un contrato temporal. Como veremos, ésta es la tesis que se abre paso en la Sentencia JIMÉNEZ MELGAR, lo que puede plantear problemas interpretativos múltiples y dejar un amplio campo al descubierto, dentro y fuera de nuestras fronteras<sup>8</sup>. Pero aún hay más: sin ánimo de agotar el tema, deja en cierta medida en la sombra el derecho de reintegro en las mismas condiciones a su puesto de trabajo por parte de la trabajadora que se ha acogido al descanso por maternidad (punto éste que debería resolverse por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, que reforma el art. 2.7 de la Directiva 76/207); deja en la sombra una cuestión tan importante como cuál haya de ser la instancia competente para abonar a las trabajadoras con contrato suspendido las prestaciones económicas a las que tienen derecho, si los empresa-

<sup>8</sup> La contraposición entre la noción de despido prohibido por el art. 10 de la Directiva 92/85, manejada en la jurisprudencia JIMÉNEZ MELGAR y la doctrina constitucional, en la STC 173/94 es adecuadamente puesta de relieve en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y del TJCE (Comentarios a las SSTCE Tele Danmark y Jiménez Melgar, de 4 de octubre de 2001)», en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002, págs. 861 y ss., en especial pág. 867.



rios, o las instituciones de seguro, o la asistencia social. Y deja en la sombra, en fin, la determinación del efecto de estos periodos de descanso sobre otros derechos que puedan devengarse con el mero transcurso del tiempo (¿ha de considerarse tiempo trabajado el de descanso por maternidad?). Temas como éstos siguen siendo frecuentes, como lo ha demostrado la jurisprudencia de aplicación de esta Directiva<sup>9</sup>.

Y eso pone de relieve uno de sus rasgos más característicos: se trata de una Directiva defectiva, que requiere ser interpretada y aplicada teniendo en cuenta el amplio marco general de prohibición de la discriminación por razón de sexo que existe ya en la Unión Europea, a la luz de la cual han de valorarse los actos de ejercicio de los derechos que la Directiva 92/85 concede, y su impacto sobre la dinámica del contrato de trabajo. De ese modo, esas materias que la Directiva deja en el aire —que por hipótesis quedarían abandonadas al criterio del legislador nacional— deben sufrir el control subsidiario de la prohibición de discriminación por razón de sexo, incrementándose el ámbito material de los derechos que reconoce con codas, con añadidos que son fruto de la aplicación paralela de la normativa sobre discriminación.

Finalmente, y como no podía ser menos, dada la génesis de la Directiva, ésta es una Directiva de mínimos, que en absoluto puede ser utilizada para reducir la protección que asegurasen a las trabajadoras unas legislaciones nacionales que habían abordado estas materias con mucha antelación respecto de la norma comunitaria.

### 3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS

Por todo lo que se acaba de decir, y sobre todo por la influencia del marco comunitario sobre prohibición de discriminación por razón de sexo, el análisis de la jurisprudencia comunitaria relativa a la tutela de la mujer embarazada o que haya dado a luz no puede considerarse agotado con la sola mención de aquellas Sentencias que se refieren a la Directiva 92/85 exclusiva o preponderantemente, y hallan en ella el fundamento de su resolución. De hecho, estas Sentencias son las menos en el complejo entramado de Sentencias del TJUE en tutela de los derechos de las mujeres embara-

<sup>9</sup> Y aún en el derecho interno. Como se ha dicho, ésta de la terminación de un contrato temporal y su no renovación «son las situaciones en que más conflictos laborales sobre la estabilidad en el empleo de la mujer se producen», MOLINA GÓMEZ-PUMARIEGA, R., «Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, pág. 631.



das o que hayan dado a luz. Al contrario, desde fecha temprana se pone de manifiesto que perjudicar de cualquier manera a una mujer embarazada o que ha dado a luz, por esos meros hechos, es una conducta discriminatoria, que cae directamente en el ámbito de prohibición de la Directiva 76/207, por ello esta Directiva resulta esencial<sup>10</sup>: como precursora de soluciones que luego hallarán su encaje definitivo en la Directiva 92/85 (cuyo plazo de transposición finalizaba el 19 de octubre de 1994); y como red de seguridad que puntualiza, complementa y precisa el régimen de instituciones que en la Directiva 92/85 no están adecuadamente acabadas. Veamos la forma en que esta labor complementaria de ambas Directivas ha tenido lugar.

### 3.1. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 92/85

Como ya se ha dicho, en el momento en que se aprueba la Directiva 92/85 el TJUE había tenido ocasión de pronunciarse reiteradas veces en torno a la conjunción entre la prohibición de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo y la maternidad de la trabajadora y su impacto en la disponibilidad de ésta para el trabajo. El punto de partida era inequívoco: en el caso DEKKER, se denunció la negativa de contratación a una mujer embarazada, basada precisamente en el embarazo de ésta, que en opinión del empresario le impedía realizar lo sustancial del trabajo contratado, y además generaba unos gastos excesivos al empresario, que debería contratar a un sustituto/a, y además abonarle retribución a la trabajadora durante el permiso de maternidad, por peculiaridades de la legislación holandesa al respecto. La no contratación se considera contraria a la Directiva 76/207 pues «la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo» (FJ 12), aunque no existieran candidatos masculinos que se hubieran presentado al puesto, y por tanto no existiera término de comparación masculino en el caso.

En consecuencia, tomar en consideración el embarazo real o potencial de la trabajadora para aparejar a él consecuencias negativas en el acceso al empleo, en la conservación del puesto de trabajo o en las condiciones de trabajo constituiría en todos los casos un supuesto de discriminación ‘por razón de sexo’, con todas las consecuencias que tal calificación atrae sobre

<sup>10</sup> En sí y como fuente de Derecho derivado que ha servido de base a numerosas reclamaciones en casos de discriminación asociados al embarazo o la maternidad. Sobre esta función, en general, *vid.* CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, págs. 362 y ss.

los actos u omisiones basados en el hecho diferencial prohibido. Y ello a pesar de que el empresario alegase razones reales de mayor onerosidad económica de la contratación de la mujer embarazada, pues no se consideran relevantes estos argumentos para neutralizar la existencia de la discriminación directa detectada. De la misma fecha, en la Sentencia dictada en el asunto C-179/88 —sentencia HERTZ—, el TJUE sostiene que, desde la perspectiva del principio de igualdad, la Directiva 76/207 «no se en constituye obstáculo para los despidos que son consecuencias de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o parto». El embarazo y el periodo de descanso por maternidad constituyen un lapso de impunidad a efectos de despido, concluido el cual reanudan su efectividad las reglas que permiten un despido por absentismo, aunque la enfermedad que lo genera se relacionase directamente con el embarazo y hubiera comenzado de hecho durante el mismo, sin perjuicio de que esta vinculación pudiera ser establecida por disposiciones nacionales más favorables para las trabajadoras.

Con esta limitación de enfoque —solo la discriminación por razón de sexo es tomada en consideración— otras Sentencias posteriores vinieron a precisar el alcance de la prohibición de despido vinculada al embarazo. Pero enfoque limitado no equivale a debilidad de protección.

Y así, por ejemplo, pueden citarse casos de este periodo en los que es la Directiva 76/207 la que sirve de pauta para la defensa de los derechos de la trabajadora embarazada: así, en el caso HABERMANN-BELTERMANN (sentencia de 5 de mayo de 1994, asunto C-421/92) se planteó ante el TJUE la duda suscitada en el Tribunal nacional por la pretensión de un empresario de impugnar y anular el contrato indefinido suscrito con una trabajadora —ignorando ambos que se encontraba embarazada— para desempeñar trabajo nocturno, siendo así que la legislación nacional prohibía el trabajo nocturno de las trabajadoras embarazadas. El TJUE sostiene que los arts. 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207 se oponen a la pretensión empresarial de anular el contrato celebrado con la trabajadora embarazada «debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato» (FJ 26). Admitir tal cosa «privaría de efecto útil» a la Directiva 76/207 (FJ 24).

Igualmente, en el periodo de transposición de la Directiva 92/85, se dictó Sentencia en el caso WEBB (Sentencia de 14 de julio de 1994, caso C-32/93), para resolver el problema planteado por la contratación por tiempo indefinido de una trabajadora embarazada, que se celebró desconociendo su estado, que en un primer momento debía sustituir a otra trabajadora embarazada que no podía continuar prestando servicios por prohibición legal de trabajar en determinados ambientes a las mujeres embarazadas. Nuevamente se afirma que la pretensión empresarial de despedir a la trabajadora por su imposibilidad de sustituir a la trabajadora embarazada cuyo contrato estaba suspendido es contraria a la Directiva 76/207, pues «el despido de una

trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo» (FJ. 19). Y no puede considerarse de aplicación al caso la previsión normativa estatal que autoriza a despedir a los trabajadores por enfermedad en determinados casos, pues «el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, ni *a fortiori* a una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí que pueden motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón del sexo» (FJ 25).

De la misma época es la Sentencia dictada en el caso GILLESPIE (de 13 de febrero 1996, en caso C-342/93), que se plantea abiertamente el plus de protección que añade la Directiva 92/85, aún no aplicable al caso, respecto de la situación normativa anterior. En el caso se trataba de una serie de trabajadoras que habían percibido, durante la baja por maternidad, las prestaciones económicas que su empresario debía abonarles en aplicación del Convenio Colectivo, que eran más beneficiosas que las establecidas en la legislación general, pero que se vieron denegado el derecho a un incremento retributivo con carácter retroactivo, en relación con el periodo de tiempo a que se contrajo el permiso por maternidad. La Sentencia concluye que la integridad y la cuantía de las percepciones económicas durante la prestación de maternidad no son materia garantizada «ni (por) el art. 119 del Tratado CEE ni (por) el art. 1 de la directiva 75/117», que no «imponían la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad» (FJ 20).

También en esta época intermedia se sitúa la Sentencia en el caso LARSSON (de 29 de mayo de 1997, caso C-400/95). Se trata de una trabajadora que se ausenta reiteradas veces al trabajo por enfermedad generada por el embarazo y el parto, siendo así que las ausencias se prolongan antes y más allá del periodo de permiso por maternidad. Siguiendo la pauta y completando la doctrina de la Sentencia HERTZ, el TJUE concluye que la Directiva 76/207 no se opone a que se proceda al despido de una trabajadora por ausencias por enfermedad, incluyendo en la noción de enfermedad también a la que ha tenido su origen en el embarazo y el parto, una vez que ha concluido el periodo de suspensión por maternidad. La doctrina tiene, entonces, una doble dirección: la cuestión relevante a efectos del despido por enfermedad es «si una mujer es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre», en cuyo caso el despido es lícito aunque la enfermedad tenga su origen en el embarazo y el parto (FJ 18); pero «sería contrario al objetivo de protección que persigue el apartado 3 del art. 2 de la Directiva (76/207), que permite adoptar disposiciones nacionales relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, y privaría de efecto útil a dicha disposición admitir que la ausencia durante este periodo pueda ser tomada en consideración para justificar un despido posterior» (FJ 22). Se trata de una protección más tenue que la que a continuación implantaría la Di-

rectiva 92/85, que excluye que las ausencias durante el periodo protegido puedan ser tomadas en consideración a efectos de un despido posterior, pero esta Directiva no era aplicable en el momento en que los hechos sucedieron (FJ 25).

La misma doctrina se mantiene aparentemente en la Sentencia BROWN (de 30 de junio de 1998, C-394/96), en un supuesto en que la trabajadora, que trabajaba como conductora para una empresa, había suscrito en su contrato de trabajo una cláusula por la que «en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas, se despediría al trabajador afectado, fuera hombre o mujer». En agosto de 1990 dejó de prestar servicios por diferentes trastornos de salud que tenían su origen en la situación de embarazo; el 9 de noviembre del mismo año los representantes de la empresa advirtieron a la Sra. Brown que debería ser despedida si persistía en sus ausencias más allá del 8 de febrero de 1991 en aplicación de la referida cláusula contractual. Y, no habiéndose reincorporado, fue despedida el 8 de febrero de 1991. Su hijo nació el 22 de marzo de 1991. La Sentencia estima que la protección contra la discriminación por embarazo ex Directiva 76/207 «el despido de la trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo: Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y, por tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo» (FJ 24). Sólo cuando, terminado el periodo de descanso por maternidad, reaparezcan las patologías, aunque sean iniciadas en el embarazo o el parto, éstas podrán ser tenidas en cuenta a efectos de un despido por enfermedad como se tendrían en cuenta las ausencias de un hombre. Cuando se han computado a efectos del plazo de 26 semanas, las ausencias durante el embarazo, se ha desconocido la doctrina del TJUE sobre el sentido de la Directiva 76/207, y ésta es la infringida por la interpretación que se sus normas ha hecho la empresa en el caso concreto.

La Sentencia dictada en el caso PEDERSEN (de 19 noviembre 1998, C-66/96) tiene un especial interés porque, aunque dictada antes de que finalizase el periodo de transposición de la Directiva 92/85, el texto de la misma es determinante en el fallo de la resolución. Se plantea la cuestión de si una mujer embarazada que, antes de comenzar su permiso por maternidad, es declarada en situación de incapacidad temporal a consecuencia de una patología relacionada con su embarazo, tiene o no derecho a percibir una prestación equivalente a su retribución en cuantía íntegra (como sucedería si se tratase de un cese en el trabajo por motivos de salud) o al contrario, tiene derecho a percibir una prestación pública inferior a su salario (que sería la que correspondería percibir según la legislación nacional en el descanso por maternidad). La Sentencia parte de una rotunda diferenciación entre el embarazo y los procesos patológicos: «el embarazo no puede en absoluto com-



pararse a un estado patológico (sentencia Webb)... (pero) no es menos cierto que el embarazo es un periodo durante el cual es posible que se produzcan trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de ese estado» (FJ 33). Por tanto «el hecho de que una mujer se vea privada, antes de que dé comienzo su permiso por maternidad, de la totalidad de su salario, cuando la incapacidad laboral que sufre resulta de un estado patológico relacionado con el embarazo, debe considerarse fundamentalmente basado en el embarazo y, en consecuencia, discriminatorio» (FJ 35). Y, en la medida en que tal percepción puede considerarse retribución a los efectos del art. 119 del Tratado, se opondrá también a éste y a la Directiva 75/117. Distinta es la situación cuando el cese en el trabajo no se deba a un estado patológico derivado del embarazo, sino a la decisión de la trabajadora de no trabajar por trastornos comunes del embarazo sin incapacidad; o cuando la decisión se base en una recomendación médica para proteger al feto, pero no fundada en patologías específicas o en riesgos especiales para el feto. En estos casos, el papel determinante jugado por la voluntad de la mujer en un marco de ausencia de patologías incapacitantes, excluye que la reducción en las prestaciones a percibir pueda ser calificada como discriminatoria (FJ 49 y 50). Finalmente, resulta inadmisibles desde la perspectiva de la Directiva 76/207 tanto como de la Directiva 92/85, una legislación que autoriza a un empresario a abonar a una mujer embarazada una cantidad inferior a su salario cuando considere que no puede dar trabajo a la mujer, aunque ésta no esté incapacitada. Se trata, en efecto, de normas sólo aplicables a las mujeres y perjudiciales para éstas que no tienen parangón en relación con trabajadores de sexo masculino, de ahí su carácter discriminatorio.

### 3.2. Comenzada la vigencia de la directiva 92/85

La interpretación y la aplicación de la Directiva comienza propiamente con la Sentencia BOYLE (de 27 de octubre de 1998, C-411/96). En el complejo caso que le sirve de base se analiza una serie de normas legales y convencionales de aplicación en Gran Bretaña a las trabajadoras embarazadas. En primer lugar, se trataba de examinar la licitud de una norma nacional que preveía la posibilidad de que se impusiera a la trabajadora la fecha de inicio del descanso por maternidad —«el primer día posterior al inicio de la sexta semana que preceda a la semana en que se prevé que se producirá el parto, en el cual la trabajadora esté total o parcialmente ausente del trabajo a causa de su embarazo»—. No se considera por el TJUE que vulnere la

normativa comunitaria esta posibilidad, establecida en la normativa nacional, de imponer el inicio del disfrute del permiso por maternidad a aquellas trabajadoras que se encontraban en situación de incapacidad temporal para el trabajo durante su embarazo, dada la flexibilidad con que la Directiva 76/207 (art. 2.3) y 92/85 (art. 8) permiten a los países miembros determinar la duración del periodo de descanso por maternidad, siempre que se permita «a las trabajadoras ausentarse durante el periodo en el cual surjan los trastornos inherentes al embarazo y al parto» (FJ 50).

Durante el periodo por maternidad, y al cumplir las condiciones previstas al respecto, la Sra. Boyle y otras demandantes comenzaron a percibir una prestación equivalente a su salario íntegro, que era superior a la legalmente prevista, sin embargo, en las normas aplicables en la Compañía se preveía que, si al concluir el periodo de maternidad no se reincorporaban las trabajadoras a su trabajo, deberían devolver a la empresa el exceso entre las prestaciones percibidas durante el periodo de descanso por maternidad y el mínimo legalmente exigible. Las trabajadoras afectadas impugnan esta obligación de devolver el exceso si no se reincorporan a la empresa al concluir el permiso por maternidad. Y el TJUE descarta que con ello se vulnere la Directiva 92/85, cuyo art. 11 garantiza a las trabajadoras la percepción de «una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada», que se hace equivaler con la que podría corresponderles si se ausentasen del trabajo por motivos de salud, de ahí que, si la prestación que se les reconoce a las trabajadoras del caso era superior al mínimo fijado en la Directiva, la cláusula contractual que les obligaría a devolver el exceso percibido en las condiciones ya examinadas no vulnera el precepto comunitario (FJ 36, 41 y 42).

En respuesta a la tercera cuestión planteada por el órgano judicial británico, y en interpretación del art. 8 de la Directiva 92/85, el TJUE sostiene que no es posible una cláusula contractual que impida a la mujer acogerse a una situación de incapacidad temporal durante el permiso de maternidad, salvo que renuncie a lo que le resta por disfrutar del permiso por maternidad, si ese permiso es el mínimo contemplado en la directiva 92/85, y sin embargo es compatible con ese mismo artículo una cláusula semejante que impida a la mujer pasar a una situación de incapacidad temporal, salvo que renuncie al tiempo que le reste de permiso por maternidad si se trata de ejercerlo en relación con un permiso de maternidad adicional que les reconozca el empresario por encima de los mínimos de la directiva 92/85 (FJ 66).

Finalmente, el TJUE considera también compatible con la Directiva 92/85 que se excluya del periodo de cómputo de las vacaciones anuales el descanso de maternidad adicional que el empresario conceda a sus trabajadoras, siempre que éste sea superior al mínimo establecido en la Directiva 92/85 (FJ 68 a 71), puesto que «el permiso de maternidad adicional no retribuido constituye una ventaja específica que rebasa la protección prevista por

la Directiva 92/85 y que está reservada a las mujeres, de manera que la interrupción del devengo de vacaciones anuales durante dicho permiso no puede suponer un trato discriminatorio para las mujeres» (FJ 79). Al contrario, se deduce la ilicitud desde la perspectiva del art. 11.4 de la Directiva 92/85 de la materia a la que se refiere la última cuestión: la cláusula contractual que excluye del periodo de devengo de Plan de Pensiones de empresa el periodo de descanso adicional por maternidad ya referido.

Acabamos de ver cómo la Directiva 92/85 no es autosuficiente para resolver todas las cuestiones que se plantean en la Sentencia Boyle, y se hace preciso recurrir a la Directiva 76/207; la misma situación se reproduce con la Sentencia THIBAUT (c-136/95, de 30 de abril de 1998), en que la Directiva 76/207 demostró su virtualidad para potenciar la defensa de los derechos de la mujer trabajadora embarazada. De ese modo, en el caso THIBAUT, el Tribunal considera que, en un caso en que a consecuencia de un permiso por maternidad, la trabajadora no había estado en presencia activa en la empresa los 6 meses requeridos por la legislación aplicable para poder ser calificada en el año al que se refirieron las ausencias a efectos de serle aplicado un incremento por antigüedad, la Directiva 76/207, arts. 3.2 y 5.1, se opone a «una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad», pues «el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral... privar a una trabajadora del derecho a ser objeto de una calificación anual la discriminaría únicamente en su condición de trabajador, puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso de maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría sido calificada respecto del año de referencia, y, por consiguiente, habría podido beneficiarse de una promoción profesional» (FJ. 29)

No podía estar ajena esta materia a la jurisprudencia elaborada en el TJUE a partir de la Sentencia Barber en relación con los varones potencialmente discriminados por la normativa protectora de las mujeres, en este caso de las mujeres embarazadas. El ámbito en que se examina desde esta perspectiva la legislación sobre maternidad es el caso OUMAR DABO ABDOULAYE (Sentencia 16 septiembre 1999, C-218/98). Los reclamantes solicitan sea declarada la incompatibilidad con el principio de igualdad de retribución la normativa colectiva francesa que reconoce a las mujeres embarazadas el derecho a percibir una cantidad a tanto alzado de su empresario, en el momento de iniciar el permiso por maternidad. Contrariando la tesis de los demandantes, de que esta prestación se encuentra desvinculada del embarazo

como hecho biológico, y que atañe a un hecho social en que participa toda la familia, el TJUE afirma la licitud de esta prestación convencional en la medida en que viene a compensar las desventajas que para la mujer embarazada se derivan del disfrute del permiso por maternidad: tales desventajas son, según el Tribunal, una menor experiencia; pérdida de incrementos salariales ligados a la productividad; la no participación en cursos de formación y las dificultades de readaptación al volver al trabajo como consecuencia de la evolución de la tecnología.

La Sentencia MAHLBURG (de 3 de febrero de 2000, caso c-207/98) incide, en aplicación de la Directiva 76/207, en una materia que ya se había ido analizando por el TJUE desde el caso Dekker: la negativa de un empresario a contratar a una trabajadora, que había estado vinculada a la empresa por contratos temporales, para acceder a un puesto fijo en la empresa, siendo así que los empleos que se ofrecen no pueden ser desarrollados por trabajadoras embarazadas. Tal negativa a contratar es considerada contraria a la Directiva 76/207, art. 2.1, pues «aunque la disponibilidad del empleado sea necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el periodo correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada» pues una interpretación contraria privaría a la Directiva de efecto útil, en doctrina ya apuntada en el caso Webb, sin que quepa admitir en descargo del empresario su argumentación acerca de los perjuicios económicos que se le causarían si la contratación se celebrara.

En el caso JIMÉNEZ MELGAR (sentencia de 4 de octubre de 2001, c 438/99) se le plantea al Tribunal un supuesto de no renovación de un contrato temporal a una trabajadora embarazada por parte de un Ayuntamiento español. Dejando de lado las complejidades derivadas del efecto directo de la Directiva en un periodo en que no había sido transpuesta su normativa, interesa destacar cómo, en este caso, la Sentencia admite que la no renovación un contrato temporal no es un despido a efectos de la prohibición de la Directiva 92/85, art. 10 (FJ 47), no obstante lo cual «en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria a los arts. 2.1 y 3 apartado 1 de la Directiva 76/207» (FJ 47) <sup>11</sup>.

<sup>11</sup> En crítica a esta doctrina, *vid.* MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA, «Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal», *Relaciones Laborales* 2004-I, págs. 637 y ss., que sostiene que ha de prevalecer la solución dada por el TC (de equiparación del supuesto



De la misma fecha —4 de octubre de 2001— es la sentencia dictada en el caso TELE DANMARK (c-109/2000), que tiene como objetivo el análisis de la licitud o no de la no contratación de una trabajadora embarazada que no iba a poder cumplir con las finalidades para las que se la contrataba, a través de un contrato temporal. La conclusión del Tribunal fue coherente con sus antecedentes: la no contratación temporal por estos motivos es contraria a la Directiva 76/207 por discriminatoria (FJ 28), sin que sean admisibles los argumentos del empresario sobre el perjuicio económico que se le puede deparar por esta contratación (FJ 23) en términos ya expresados en resoluciones anteriores. Importa destacar que, en este caso, a diferencia de los antecedentes, la trabajadora no es contratada en un contrato temporal —los precedentes se habían referido a contratos indefinidos, y este carácter del contrato había sido expresamente subrayado en su argumentación por el Tribunal y pretendía la parte demandada que fuera exceptuada la jurisprudencia anterior en relación con los contratos temporales—. No es ésa sin embargo la tesis que se impone en el TJUE, al contrario, «puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, independientemente de la naturaleza y alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo» (FJ 31) y no debe, por tanto, ser tomada en consideración.

La misma función de red de seguridad que tantas veces se ha atribuido a la Directiva 76/207 en relación con la 92/85 reaparece en la sentencia BUSCH (de 27 de febrero de 2003, c-320/01). El supuesto de hecho era el de una trabajadora que se encontraba disfrutando de un permiso de cuidado de hijos que, con consentimiento del empresario, decide concluir antes del plazo previsto, reincorporándose a la empresa. Se encontraba embarazada y su objetivo era pasar en su momento a disfrutar de una serie de beneficios asociados al descanso por maternidad, sin comunicar al empresario su embarazo hasta que no se reincorporó a la empresa. La tesis de la Sentencia es simple: «si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón

---

con el de un despido nulo), por ser más favorable, pág. 638. En el mismo sentido y por parecidas razones RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «La no renovación del contrato por razón de embarazo», cit., pág. 61.

de sexo» (FJ 39), de modo que «puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta (FJ 40). No resultan asumibles los argumentos del empresario sobre el perjuicio económico que le puede originar la recolocación de una trabajadora que no puede realizar todos los trabajos que le corresponderían a causa de su embarazo, y tampoco la intención de la trabajadora de percibir los superiores complementos por maternidad (FJ 44 y 46).

La Sentencia dictada en el caso MERINO GÓMEZ, por último, es otra de las que deben ser enunciadas aquí forzosamente, aunque por su interés deba ser objeto de un comentario más detenido con posterioridad, al que desde ahora se remite.

En fin, por obra de la interpretación jurisprudencial de la Directiva 92/85, en conexión con la 76/207, se han extraído importantes anexos al régimen jurídico de las reglas de protección de la maternidad, que pueden resumirse en uno sólo: la protección de la maternidad, en cuanto constituye un sistema de tutela específico de la mujer, no puede ser tomada en consideración para producirle a la mujer un efecto negativo por acción o por omisión sobre el devenir de su relación de trabajo. Ello supone que los periodos de suspensión del contrato han de ser neutros respecto de su relación de trabajo en el futuro, y no pueden aparejarle reducciones de derechos devengados en función del tiempo de presencia o del tiempo trabajado, sean éstos económicos o de cualquier otra índole. El problema que, como hemos visto, se plantea de forma más aguda es el de la conexión entre el trabajo y las enfermedades derivadas del embarazo y el parto, cuando se prolongan más allá de los periodos acotados por la legislación nacional. Al respecto resulta evidente cierta tendencia a entender deslizable el tratamiento de estas enfermedades bajo la órbita del común de la enfermedad con efectos extintivos una vez agotado el periodo de descanso específico por maternidad, si las ausencias se prolongan, eliminando el carácter específicamente femenino de las enfermedades que tienen su origen en el embarazo o el parto. El embarazo no es una enfermedad, y, aunque puede generar enfermedades, una vez superado el periodo de descanso por maternidad, éstas deberán hallar su régimen en las mismas reglas que se aplican a los hombres.

#### **4. LA PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y LA DOCTRINA DEL TC**

Aunque en la Constitución española no se enuncien de modo exhaustivo las causas posibles de discriminación, desde un principio el TC admitió

el carácter expansivo del art. 14 CE. Y, concretamente, en relación con el embarazo, se admitió sin titubeos que la discriminación basada en él es una discriminación por razón de sexo, por tanto prohibida, dada la relación inequívoca y directa que el embarazo tiene con la caracterización sexual de una persona<sup>12</sup>. Al propio tiempo, se da la paradójica circunstancia que es un estado, vinculado a la maternidad, que exige ser tenido adecuadamente en cuenta para, entre otras razones, tutelar la salud de la trabajadora y del hijo que espera, de ahí que el embarazo y la maternidad guarden hoy un fuerte componente de justificación de la normativa protectora de la mujer que trabaja. Como bien recuerda la STC 229/92, de 14 de diciembre, prácticamente, el embarazo y la maternidad son las únicas circunstancias en que queda justificada la existencia de reglas protectoras del trabajo de la mujer en el seno de un ordenamiento que ha asumido decididamente la orientación igualatoria. Incluso, tal sigue siendo la doctrina de nuestro alto intérprete de la Constitución respecto de las reglas de conciliación de la vida laboral y familiar, de modo que no se suele considerar discriminatoria la reserva de dichas reglas a favor de la mujer y no del hombre: tal ha sido la resolución, por ejemplo, en relación con la reducción de jornada por lactancia antes de las reformas de 1999 reservada a la mujer (STC 109/93, de 25 de marzo, ó 187/93, de 14 de junio).

Ahora bien, cuando se ha enfrentado al tema de la protección de los derechos laborales de la mujer embarazada, el TC ha tenido que resolver, la mayor parte de los casos, en torno a un supuesto de extinción del contrato de la trabajadora, que pretende ejercitar derechos de suspensión del contrato por maternidad, ya se materialice la extinción a través de un despido, de una extinción en periodo de prueba o de una no renovación de un contrato temporal.

La primera Sentencia al respecto es la 94/84, si bien por razones procesales sería desestimada la pretensión. Es en la STC 166/88, de 26 de septiembre donde se admite la tesis de la recurrente y se examina con plenitud la cuestión planteada. En el caso, una trabajadora interina, que sustituía a otra contratada con carácter fijo, con ocasión de su embarazo solicitó ser destinada a una sección distinta de aquella en que prestaba servicios —diálisis— para no someterse a la acción de elementos que podían perjudicar su salud o la de su hijo. Estando suscrito su contrato con un periodo de prueba de 15 días, se declaró extinguido por el INSALUD sin justificación, al no necesitarlo a su entender la extinción por no superar el periodo de prueba. Tras agotar la vía judicial, la trabajadora demandó en amparo ante el TC, que estimó el recurso interpuesto. Entendía el TC que «en el caso... el INSALUD, como

<sup>12</sup> Tempranamente, véase la STC 166/88, de 26 de septiembre; y 173/94, de 7 de junio.

pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral —condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada— que la obligaba a su vez —a la empresa— a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria». La condición de embarazada —cuyo estado había comunicado a la empresa— de la despedida generaba, de este modo, un indicio de discriminación que no podía ser soslayado con la mera invocación del carácter no causal de la extinción durante el periodo de prueba, debiendo la empresa alegar y probar las circunstancias no discriminatorias que justificaban la extinción. No habiéndolo hecho así, la calificación de la extinción como discriminatoria era obligada. La llamada «inversión de la carga de la prueba», que se afirmase en casos semejantes en la STC 38/81 —a la que expresamente invoca la ahora citada— opera finalmente con toda su contundencia en casos distintos del despido.

La ruptura de la vinculación laboral sigue siendo el área material en que el TC vuelve a enfrentarse con la posición laboral de la mujer embarazada, en la Sentencia 173/94, de 7 de junio. Ahora se trata de un caso más complejo, pues no se está ante un contrato vigente, sino ante una no renovación del contrato temporal que unía a la trabajadora con la empresa —nuevamente una Administración pública— que no pudo probar la concurrencia de razones objetivas y ajenas a todo propósito discriminatorio en su decisión de no volver a contratar a la trabajadora embarazada. Sostiene el TC que la discriminación puede detectarse también en estadios previos a la concertación del contrato de trabajo, que no puede afirmarse que «sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer», por ello: «La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho. La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser negada, como lo ratifican los instrumentos internacionales citados. Y por ello mismo, la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE, y deben serle aparejadas las conse-

cuencias lógicas que derivan de esta calificación (FJ 3)<sup>13</sup>. Unas consecuencias lógicas difíciles de aparejar, teniendo en cuenta la peculiar forma en que la discriminación se ha manifestado. De todos modos: «Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental [STC 166/1988], o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio. En el presente caso, el efecto anulador afectaría a la denegación de la prórroga, y por ello, eliminada esa denegación, habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal para el fomento del empleo» (FJ 4).

Y el despido, en sentido estricto, reaparece en la queja de la demandante de amparo en la STC 136/96, de 23 de julio, en que se había comunicado la circunstancia de su embarazo a la empresa, pero no la necesidad de guardar reposo con frecuencia, siendo despedida la trabajadora por faltas de asistencia y puntualidad. Nuevamente se reitera la doctrina sobre el agravamiento de la posición probatoria del empresario en estas circunstancias, en que la trabajadora ha puesto de manifiesto la existencia de indicios de discriminación (FJ 6) «Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales». La apreciación era, ciertamente, difícil en un caso en que «las causas disciplinarias alegadas por el empresario e incluso los argumentos en cuya virtud las sentencias impugnadas estiman acreditado el incumplimiento contractual grave y culpa-

<sup>13</sup> Una extensión de esta solución a otros supuestos de no renovación de contratos temporales, incluso bajo la vigencia de la Ley 39/99 en CABEZA PEREIRÓ, J., «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Documentación Laboral*, 61, 2000, pág. 37. Comparte esta solución también MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Embarazo y llegada del término final del contrato temporal», *Relaciones Laborales*, 2004-I, pág. 634.

ble imputado a la trabajadora, difícilmente pueden disociarse del estado de gestación de la recurrente. Ahora bien, la prohibición pretende evitar a la trabajadora embarazada cualquier riesgo de despido por motivos relacionados con su estado y, por lo que aquí interesa, comprende la hipótesis de las ausencias al trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo y que impidan desarrollar la prestación laboral convenida, las cuales, por tanto, no pueden justificar un despido» (FJ 6). Para que este efecto se desencadene: «El deber básico del trabajador es realizar con la debida diligencia y colaboración el trabajo convenido (art. 20.1 y 2 ET), la inasistencia frustra el objeto del nexo contractual y el desconocimiento de la causa que la motiva genera en el empleador una incertidumbre sobre la eventual reincorporación del trabajador, con la consiguiente imposibilidad de planificar su sustitución. Obligación, desde luego, igualmente exigible cuando la ausencia deriva del embarazo de la trabajadora», de ahí la necesidad de poner en conocimiento del empresario la circunstancia del embarazo. Dicho lo cual, «el que no acreditara dichas faltas a través de los servicios médicos de la Seguridad Social, ni hubiera comunicado con prontitud su dolencia, no es suficiente para concluir que la extinción del contrato se basó en causas ajenas al estado de gestación» y deba declararse su licitud. Al contrario, no se acreditó por la empresa que cupiera adoptar «otras medidas menos drásticas e igualmente eficaces en orden a la consecución de tal fin (la adecuada satisfacción del interés empresarial), lo que desvela una reacción contractual utilizada de forma desproporcionada» que debe ser declarada nula, en consecuencia.

En esta Sentencia se plantea expresamente por primera vez en nuestra jurisprudencia constitucional la carga que pesa sobre la trabajadora de poner en conocimiento de la empresa su estado, a fin de que sea posible invocar en su favor las medidas preventivas del despido que se han ido articulando en la jurisprudencia constitucional. Más tarde vuelve a plantearse de nuevo, y lo hace generando dos resoluciones contradictorias. En una primera (STC 41/2002, de 25 de febrero) la ausencia de comunicación de su situación de embarazo por parte de la trabajadora a la empresa, y el desconocimiento por ésta de dicha situación sirve de elemento enervante de la consideración como discriminatorio de un despido objetivo de una trabajadora embarazada: «si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constandingo expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia» (FJ 4).

Distinta es la solución a la que llega la STC 17/2003, de 30 de enero, que recuerda que «la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones

entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (FJ 3). En este contexto, la puesta en conocimiento por la trabajadora de su situación de embarazo puede ser un elemento de trascendencia para que se ponga en marcha todo el aparato protector de la mujer embarazada, pero, en el concreto caso, estando en juego una extinción, la comunicación del embarazo puede ser conveniente para establecer el panorama indiciario del que deducir que la discriminación se ha producido, pero —como dijera el TJUE en el caso *Tele Danmark* al que cita expresamente— no es una obligación de la trabajadora cuya inobservancia legitime el despido si puede ser probado por otros medios que probablemente la empresa conocía tal circunstancia. En palabras del FJ 6 de la Sentencia: «En los hechos probados el juzgador no hace constar el conocimiento del embarazo por parte del empleador, limitándose a afirmar que la trabajadora dio cuenta de su estado a sus compañeros de trabajo, sin recoger, explícitamente, que la noticia fuera de público conocimiento ni que existieran otros hechos de los que derivar que aquél hubiera llegado a los rectores de la institución que tomaron el acuerdo de cesarla. El conocimiento del embarazo por parte de quienes adoptaron la decisión extintiva no ha sido, por tanto, declarado probado de forma expresa, a pesar de resultar fuertemente indicativo que admitieran tener noticia de aquél personas con cargos de entidad en el organismo. Sea como fuere, *el silencio de los hechos sobre esa circunstancia no es por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario, pues concurren otros datos que permiten deducir la probabilidad de la lesión, sobre todo cuando el desconocimiento empresarial del embarazo tampoco fue declarado* (a diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en el caso de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero) y cuando no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 CE)».

En la STC 161/2004, de 4 de octubre, se le plantea al TC la cuestión de la modificabilidad del objeto del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada, cuando ésta, segundo piloto de aviación civil, se encuentra temporalmente incapacitada para trabajar a consecuencia de su embarazo (según el dictamen emitido por el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial, CIMA), y la empresa decide que se suspenda su contrato de trabajo al no existir vacante a la que reconducirla en tierra. El TC elabora una seria doctrina sobre la necesidad de que la empresa hubiera elaborado una adecuada evaluación de riesgos, en cuyo seno hubiera sido más fácil

tomar la decisión de remitirla a otro puesto de trabajo, y determinar cuál podía ser éste. Como no fue realizada, de alguna manera, es el propio TC quien suscribe que la realicen los órganos judiciales, y acoge las conclusiones a que éstos llegaron en la instancia de que sí existían puestos en tierra que ella hubiera podido desempeñar, y declara la existencia de una discriminación prohibida y la validez, en este concreto punto, de la Sentencia del Juzgado de lo Social, que reconociendo esta calificación condenó a la empresa a abonar a la actora una indemnización. Recuerda el TC que «estando en juego la parificación que reclama el art. 14 CE, la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional», y esa veracidad ha quedado en entredicho en el proceso a quo, por eso «los hechos probados, que hemos de respetar —art. 44.1 b) LOTC— conducen a la conclusión de que hubiera podido existir la posibilidad de un puesto de trabajo en tierra, adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo, pese a la negación que de ello se hacía en la carta por la que se suspendía el contrato» (FJ 6). La tesis de fondo, acerca de la maleabilidad parcial de los poderes empresariales para acoger en ellos la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador no es del todo nueva, pero sí lo es su tajante proclamación en relación con los derechos de la mujer embarazada asociados a la tutela de su salud, cuya inobservancia por el empresario, en el caso de generar perjuicios en el status laboral de la trabajadora (incluso si ese perjuicio no consiste en la extinción del contrato sino que se refiere más bien al derecho de ésta a la ocupación efectiva), quedan cubiertos bajo la prohibición legal de discriminación por razón de sexo. La tutela defensiva que ha prevalecido hasta la fecha pasa, de alguna manera, a ser ofensiva, a generar derechos de acción, y no sólo prohibiciones. De ahí que se dé una relevante trascendencia constitucional a los derechos que al respecto se incorporan en nuestro ordenamiento en la ley 39/99.

Como no podía ser menos, dada la frecuencia con que estos casos se producen, se vuelve a plantear ante el TC el problema de la pervivencia de las relaciones laborales temporales en casos de descanso por maternidad de la mujer trabajadora en la Sentencia 20/2001, de 29 de enero, si bien en este caso la relación que sirve de base a la resolución constitucional es funcional, de funcionaria interina. Que no ha visto renovado su nombramiento, alegando la Administración como causa del cese que aquélla no reunía «los requisitos de idoneidad que permiten seguir sustentando su nombramiento debido a encontrarse la recurrente en situación de baja por maternidad». El TC descarta de entrada los argumentos de la Administración y de los Tribunales ordinarios, que rechazaban que en el caso existiese término de comparación (pues no había constancia de que ningún funcionario

masculino se hallase en la misma situación y hubiera recibido un tratamiento distinto), y rechaza asimismo los argumentos basados en la especial naturaleza del contrato que la vinculaba con la Administración, interino, y a la pretendida urgencia y necesidad de los servicios que la actora prestaba, que en buena medida recuerdan a los argumentos semejantes de utilidad productiva que habían obtenido ante el TJUE un resultado igual de desfavorable. En esa misma línea recuerda el TC que «debe tenerse presente que la protección específica de la maternidad de los períodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzado tanto al neonato como a la familia en su conjunto. Por ello, como en su día recordó la STC 203/2000, de 24 de agosto (F. 5), «no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad». De modo que «esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE, sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales». Por ello, examinando la cuestión desde la sola perspectiva de la legalidad constitucional, concluye el TC que «es patente...el lazo causal que el organismo público estableció entre la situación de la trabajadora y la extinción de su relación funcionarial, con lo que se está reconociendo expresamente que la finalización anticipada de la situación funcionarial tuvo su única causa en la maternidad de la actora y en su consiguiente carencia de idoneidad física para el desempeño de sus funciones. Por todo ello, el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo, sin que, como afirmamos en nuestra STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), sea necesario (ni posible) aportar término de comparación» (FJ 3). La afirmación del derecho cuestionado tiene, si cabe, una especial relevancia en el caso, en la medida en que se trataba, una vez más, del cese en un contrato temporal y su no renovación, de ahí que la tesis del TC se extienda a imponer a la Administración la carga de justificar suficientemente los motivos que le inducen a obtener el resultado extintivo, y que éstos no son contrarios a derecho fundamental alguno.

Las SSTC 240/99 y 203/2000, de 24 de julio, continúan, en la línea ya marcada en algunas de sus antecedentes, avanzando en el significado de la

consagración constitucional de la prohibición de discriminación, otorgándole significado positivo y no sólo reactivo, de defensa frente a decisiones extintivas. Ciertamente en ambas el caso era singular: la negativa de la Administración a conceder a sendas funcionarias interinas (durante un largo tiempo en ambos casos) la excedencia por cuidado de hijos a continuación de su baja maternal, atendiendo precisamente a su carácter de trabajadora temporal, lo que a juicio de la Administración, era incompatible con el disfrute de suspensiones laborales de larga duración. Y, en sede constitucional, a la libertad de configuración del régimen legal de los cuerpos de funcionarios, en virtud de la cual se ha podido reconocer el derecho discutido a los fijos, y no a los temporales.

Recordando el TC en la Sentencia 203/2000 su inmediato antecedente (STC 240/99), hace suya literalmente la argumentación al respecto: «la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera, en relación con el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE», y ésta es la tesis que en la presente resolución se sigue manteniendo. Como se declaró en la citada STC 240/1999, «esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración». Dicho con otras palabras, proseguíamos, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera» (F. 4). Con ello no se trata de afirmar, concluíamos, «que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual»(FJ 3).

La Sentencia 203/2000 añade, además, un fundamento complementario de importancia todavía no valorada: la excedencia de cuidado de hijos coopera, entre otros, a hacer efectivo el «mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE)». Y «La trascendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado» a la vista de la evolución de la legalidad nacional y comunitaria. Por ello «los órganos judiciales no pueden...ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde», pues «los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (19/82, F. 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril». (FJ 4). La necesidad de apoyar la condición laboral de la mujer trabajadora, en la que este tipo de decisiones administrativas inciden con mayor contundencia que en el hombre, cierra el razonamiento en sede constitucional: «conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)» (STC 109/93, F. 6); y que «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él» (STC 128/87, F. 10) (FJ 6)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Destacando el carácter más convincente de esta argumentación sobre la discriminación indirecta, SANTIAGO REDONDO, KM: «Discriminación en excedencias e indemnizaciones, límites de las facultades de vigilancia empresarial y otras cuestiones», *Relaciones Laborales*, II-2000, págs. 660-661.

## 5. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO

La normativa española, por motivos muy diversos, abordó desde antiguo la protección de la mujer trabajadora en términos que se aproximaban a las reglas de la OIT de que se habló al principio. Evidentemente, la aprobación de las normas comunitarias que hemos mencionado, y su orientación preventiva y de conciliación de la vida laboral y familiar, requirió una transformación profunda de la normativa española, anclada en parámetros laborales más arcaicos. Una transformación que ha tenido lugar, además, en fechas muy recientes, básicamente a través de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>15</sup>, que introduce relevantes modificaciones en los preceptos que regulaban la tutela de la mujer embarazada en la ley del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, básicamente. Pero, como sucede en el ámbito comunitario, sería incompleto hacer referencia a la tutela de la mujer embarazada sólo aludiendo a las normas que se han elaborado contemplando ese estado sin hacer referencia paralela a la tutela de la mujer que ha ejercitado esos derechos específicos frente a las consecuencias negativas que se puedan producir en el seno de su contrato de trabajo. La tutela antidiscriminatoria es, por tanto, un elemento material imprescindible para entender en su conjunto este complejo entramado normativo.

En efecto, como puede comprobarse, y soslayando el mero dato cronológico, la doctrina del TC en la materia registra una progresiva graduación protectora, que en buena medida adelanta medidas que serán objeto de tratamiento específico en la Ley 39/99, dándoles a las que luego se legalizarían un soporte constitucional que acentúa, si cabe, su vinculabilidad y que proporciona guías imprescindibles en la interpretación de una normativa imperfecta, que deja sueltos muchos flecos. Por esta valencia interpretativa, hay que destacar también la evolución del tratamiento de la discriminación en relación con el embarazo y la maternidad, que abandonan el área restringida de la prohibición de discriminación por razón de sexo para entrar en una formulación de interpretación condicionada en la que se tengan en cuenta, a la hora de evaluar la razonabilidad o la proporcionalidad de las medidas, su coordinación con valores que el constituyente ha elevado a la calidad de principios rectores de la política social y económica.

<sup>15</sup> Que, sin embargo, es un eslabón, aunque importante, en una larga cadena de medidas de tutela de la maternidad que se remonta a principios del siglo XX, *vid.* esta interesante historia en FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., «El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2004, págs. 342 y ss.

Con estos condicionantes pasamos ahora al análisis de la regulación legal de la protección de la maternidad en nuestro ordenamiento.

### 5.1. La protección frente a riesgos laborales en el trabajo y la suspensión por riesgo por embarazo

El tratamiento al respecto se contiene, en lo sustancial, en el art. 26 LPRL y reproduce los esquemas reguladores de la prevención de riesgos tomando como sujeto a proteger a la mujer embarazada o lactante. De ese modo, el paso previo debiera ser la realización de una evaluación de los puestos de riesgo para ambas categorías de trabajadoras (art. 16 LPRL), que en principio tendrá carácter transversal, y deberá abarcar todo el proceso productivo de la empresa pues, pese al intento comunitario en este sentido, no puede decirse que *a priori* existan sectores productivos totalmente libres de riesgos en este sentido. Como quiera que sea, la Directiva 92/85 contiene un listado de sectores de riesgo, de condiciones de trabajo y de exposición que es ciertamente breve y declaradamente no exhaustivo, y que por supuesto no se ha transpuesto a nivel reglamentario en el ordenamiento español. Se trata de dos Anexos, de redacción compleja en los que se distingue entre factores de riesgo potencial que han de ser evaluados, para apreciar la existencia de riesgos potenciales y determinar las medidas que han de adoptarse —que pueden llevar, pero no conllevar necesariamente, el cese en la prestación o la necesidad de cambios en la misma que no sean preventivos— (anexo I) <sup>16</sup>, en cambio, el Anexo II es mucho más tajante, puesto que en las

<sup>16</sup> Anexo I. LISTA NO EXHAUSTIVA DE LOS AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO (mencionada en el apartado 1 del art. 4)

A. Agentes

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

a) Choques, vibraciones o movimientos;

b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares;

c) Ruido;

d) Radiaciones ionizantes ( );

e) Radiaciones no ionizantes;

f) Frío y calor extremos;

g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el art. 2.

2. Agentes biológicos

Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, en el sentido de los números 2, 3 y 4 de la letra d) del art. 2 de la Directiva 90/679/CEE ( ), en la medida en que se sepa que dichos

condiciones y con los agentes en él enunciados no es posible el trabajo de mujeres embarazadas<sup>17</sup>.

Al texto de la Directiva se ha de añadir, además, una Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, que trata de aportar criterios generales para el cumplimiento de estos deberes em-

---

agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el Anexo II.

### 3. Agentes químicos

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

#### 3. Agentes químicos

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE (…), en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;

b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE (…);

c) Mercurio y derivados;

d) Medicamentos antimitóticos;

e) Monóxido de carbono;

f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

#### B. Procedimientos

— Procedimientos industriales que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

#### C. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos».

<sup>17</sup> Anexo II: LISTA NO EXHAUSTIVA DE LOS AGENTES Y CONDICIONES DE TRABAJO (mencionada en el artículo 6)

#### A. Trabajadoras embarazadas a que se refiere la letra a) del artículo 2

##### 1. Agentes

###### a) Agentes físicos

— Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo.

###### b) Agentes biológicos

— Toxoplasma.

— Virus de la rubéola, salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

###### c) Agentes químicos

— Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

##### 2. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos».

presariales. Se trata de una interesante Comunicación cuyo mínimo rango no encubre todas las dificultades que supone su ya mencionado carácter transversal, y el factor de inseguridad que introduce el desconocimiento potencial de la situación de embarazo o lactancia, y la necesidad de «comunicación del estado» de la trabajadora para la plena efectividad de las medidas de protección<sup>18</sup>, y efectivamente abarca aspectos tanto transitorios como duraderos, que obligan a una actividad de evaluación permanente.

Esa evaluación se revela fundamental en la actividad planificadora de la prevención: de ella se deducirán los puestos que presentan riesgos y los factores de riesgo en la organización empresarial, así como, en paralelo, los puestos que no presentan ningún riesgo para el embarazo o la lactancia, entre cuyos límites han de moverse las obligaciones empresariales de adaptación de los puestos de trabajo. Pero, como ya hemos tenido ocasión de ver, no se trata de un deber sólo de legalidad ordinaria: los derechos de la trabajadora embarazada o lactante, en cuanto directamente vinculados con la prohibición de discriminación, se ejercen incluso si esta actividad preventiva falla, con lo que el elemento preventivo y planificador puede faltar, pero no su resultado, siendo en última instancia los Jueces los que zanjarán las diferencias habidas.

- Así las cosas, el primer derecho, cronológicamente hablando, a ejercer por la mujer embarazada es la posibilidad de que sean cambiadas sus condiciones de trabajo y de horario, si suponen un riesgo para su salud o la del feto, «incluida la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos» (art. 26.1). Un derecho que sólo puede ser obstaculizado por la imposibilidad de llevarlo a la práctica. La imposibilidad a que la ley se refiere, como en el caso de la norma comunitaria, es una evidencia de la resistencia de estos derechos a las consideraciones económicas habituales en la organización empresarial, que, como repetidas veces hemos visto ya en la jurisprudencia comunitaria, no son objeciones de valor frente a la relevancia de los bienes protegidos. Se trata de un derecho a ejercitar a iniciativa de la trabajadora o del empresario, y no precisado en la norma legal, que requerirá el contrapeso de la norma colectiva y, en su caso, la intervención judicial.
- Si las modificaciones en el puesto o en las condiciones de trabajo no fueran posibles, en la escala graduada de protección<sup>19</sup>, el siguiente paso sería el cambio de puesto de trabajo, a otro que no presente

<sup>18</sup> COM/2000/0466 final.

<sup>19</sup> Esta característica, en SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *Relaciones Laborales*, 2003-I, pág. 730; RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2004, pág. 159. Por lo de-

riesgo<sup>20</sup> (que en principio hubiera debido ser determinado en el curso de la evaluación, previa consulta con los representantes de los trabajadores, art. 26.2 LPRL). Esta posibilidad se contempla, de una doble manera: en general, para aquellos puestos en que se ha reconocido a priori su carácter peligroso, en cuyo caso, en principio, el daño potencial a la trabajadora no precisa de ser acreditado; y en particular, para los casos en que permanezcan los elementos de peligro en el caso concreto de una concreta trabajadora, pese a haberse introducido los cambios que, en principio, hubieran debido bastar. En este segundo caso se impone la necesidad de acreditar este perjuicio añadido, a través del certificado del INSS o Mutua<sup>21</sup>, previo informe del médico del SNS que asista a la trabajadora, todo ello en la redacción de la LPRL, aunque cabe apuntar que se trata de una referencia probatoria, y no de elementos constitutivos sin los cuales no pueda producirse el cambio de puesto si fuera necesario, y la trabajadora pudiera probar esa necesidad por otros medios<sup>22</sup>. Para proceder al cambio —que por lógica ha de producirse a instancias de la trabajadora interesada, pero también puede tener lugar por decisión unilateral del empresario al amparo de la obligación general que le impone el art. 14 LPRL—, las reglas a aplicar serán las «que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional», lo cual esencialmente conduce a una decisión unilateral modificativa del empresario, con respeto de los derechos económicos y profesionales de la trabajadora en los términos del art. 39.1

más, la doctrina judicial coincide en la relación de subsidiariedad de la suspensión respecto de las medidas previas de adaptación. Por todas, STSJ Cataluña, 18 noviembre 2004 (3814); Cataluña 1 junio 2004 (2312); Aragón 18 noviembre 2002 (3351).

<sup>20</sup> STSJ Madrid 8 julio 2002 (3761).

<sup>21</sup> La legitimidad de exigir este certificado (no previsto en la normativa comunitaria) ha generado una polémica singular en nuestra doctrina. Puede verse una síntesis en GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, M., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 110 y ss. También ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo*, Mergablum, Sevilla 2003, págs. 88 y ss, que sostiene su innecesariedad.

<sup>22</sup> En contra de esta posibilidad, aunque referida a la lactancia, SÁNCHEZ CASTILLO, M.: «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida» *Relaciones Laborales*, 2003-I, pág. 723. En general, la exigencia de dicho certificado ha dado lugar a alguna polémica doctrinal al no estar previsto expresamente en la normativa comunitaria. Sobre tal polémica, *vid.* SÁNCHEZ CASTILLO, *op. cit.*, pág. 726, cuya solución comparto por lo que hace a las finalidades legítimas del certificado como medio de individualización de la evaluación de riesgos y de incrementar la seguridad jurídica de empresario y trabajadora. Por lo demás, el certificado médico de los Servicios de Salud se erige en requisito ineludible para percibir la prestación de riesgo por embarazo, en STSJ Cataluña, 22 diciembre 2004 (1254).

ET, y por el tiempo imprescindible para el cumplimiento de su función protectora. De existir discrepancia entre trabajadora y empresario, deberá dirimirse por la vía judicial contemplada en el art. 137 ó 138 LPL, en función de la naturaleza del cambio experimentado.

- en principio el cambio de puesto de trabajo ha de ser preferentemente a otro «equivalente», pero incluso así, si «no existiese puesto de trabajo o función compatible» con su estado (art. 26.2. inciso final LPRL), será posible la movilidad descendente a un puesto de categoría inferior, con respeto de los derechos económicos. No está adecuadamente precisado en la ley el alcance de esta modificación, pero parece que, por el contexto de la norma, se está haciendo referencia a un supuesto de *ius variandi* descendente del art. 39.2 ET. En todos estos casos el empresario deberá informar a los representantes de los trabajadores (art. 39.2 ET). Se trata también de una medida que puede producirse a iniciativa de la trabajadora o del empresario, con recurso judicial en casos de discrepancias.
- con valor para todos los casos de cambio de puesto de trabajo, ya se ha reseñado la obligatoriedad para el empresario, de modo que sólo podrá negarse «si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados» (art. 26.3 LPRL). Obsérvese que en este caso la ley presenta algo más de flexibilidad que en el caso de la modificación de las condiciones de trabajo. La única justificación empresarial para no proceder a la adaptación en el caso de la modificación era la imposibilidad. En el caso del cambio de puesto, las razones se conciben de forma más amplia: a) que no resultara técnica u objetivamente posible, o b) que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados<sup>23</sup>. Las consideraciones a los argumentos empresariales son pautas más amplias en este caso, y argumentos de conveniencia o necesidades organizativas pasan a ocupar el papel que en el primer caso desarrollaba la simple imposibilidad, a la postre, en este caso, es la medida de la razonabilidad empresarial del cambio de puesto la que determinará la licitud de la negativa empresarial; una razonabilidad que en última instancia valorará el Juez y que en todo caso ha de compararse con un valor reforzado, como lo es la tutela del embarazo, lo que excluye que la justificación empresarial se legitime por sí sola: es precisa la ale-

<sup>23</sup> Una flexibilización terminológica y más que terminológica que no ha escapado a la doctrina, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, págs. 118-119 y ARENAS VIRUEZ, M., *op. cit.*, pág. 99.

gación y prueba de fundadas razones organizativas o productivas para abonar su negativa al cambio de puesto, que es una negativa —no se olvide— al juego de una institución vinculada con la prohibición de discriminación.

Agotadas todas las posibilidades de mantener en activo a la trabajadora, si el riesgo persiste, queda abierta la posibilidad de que se desencadene un periodo de suspensión del contrato de trabajo «por riesgo durante el embarazo», de duración variable en función del caso y «mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado», de suerte que, como se deduce de lo dispuesto en el art. 26.3 LPRL, la suspensión del contrato es realmente una *ultima ratio* a adoptar, no sólo por lo que hace a sus circunstancias desencadenantes (la preferencia legal expresa se decanta por la conservación del trabajo de la mujer), sino también por lo que hace a su duración, en la medida en que la superación de las dificultades que han impedido la adaptación al puesto de trabajo<sup>24</sup>, o el parto mismo y el inicio del descanso por maternidad, supondría la terminación del periodo de suspensión<sup>25</sup>. En este caso la iniciativa para la reanudación del trabajo puede provenir tanto del empresario como de la trabajadora y la resolución de las discrepancias deberá tener lugar en sede judicial.

Poco más dice la norma acerca del régimen de esta suspensión por riesgo para el embarazo, de modo que deberán serle de aplicación las reglas generales que rigen la suspensión en el ámbito del ET, y en especial el art. 48.5 ET, que como puede comprobarse reproduce lo esencial del mandato del art. 26 LPRL. La reserva de puesto de trabajo es, pues, la regla fundamental, que debe acoplarse, como hemos visto que ha reiterado la jurisprudencia comunitaria, con la toma en consideración del periodo de suspensión a todos los efectos (profesionales, de promoción, económicos, asistenciales, etc.), so pena de infringir la prohibición de discriminación, la misma que impide que ese tiempo de suspensión sea considerado a efectos de despido (art. 52 d) ET). La regla suspensiva se acompaña con la previsión de una prestación de la Seguridad Social de la que hablaremos en su momento.

<sup>24</sup> Sea que permitan la reincorporación a un puesto equivalente o a un puesto de inferior categoría que reúna las características que hemos visto con anterioridad. Se trata, a mi juicio, de una opción preferente por la situación de activo que no podría ser alterada por la trabajadora, al haber asumido la ley esta estructura gradual no le cabe a éste elegir entre el abanico de soluciones que se ofrecen, que, por así decirlo, se han de aplicar «una tras otra».

<sup>25</sup> Y de la correlativa prestación, STSJ Cataluña 18 noviembre 2004 (3814); RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato de trabajo» cit., pág. 162.

## 5.2. El permiso por maternidad

La causa más tradicional de suspensión del contrato<sup>26</sup> para algunos; «un derecho que goza de dilatada tradición en nuestro ordenamiento jurídico»<sup>27</sup> y en el plano internacional, el permiso por maternidad ha sido objeto de recientes y sustanciales modificaciones, sobre todo en las leyes 3/89 y en la 39/99 de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar. Lo sustancial de su regulación se encuentra, como no podía ser menos, en los arts., 45.1.d) y 48.4 ET, entremezclado con los permisos por adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de 6 años. Es evidente que se trata de instituciones que, aunque compartan muchos rasgos concretos comunes, no poseen la misma base fáctica, y plantean problemas muy diversos abordados por nuestra doctrina<sup>28</sup>, por ello centraremos nuestra atención principalmente en el permiso por maternidad en sentido estricto, aunque se haga referencia a los permisos asociados a la adopción cuando sea imprescindible. La normativa estatutaria, sin embargo, debe considerarse en buena parte complementada por el RD 1251/2001 que, aunque evidentemente elaborado con un ámbito distinto, proporciona, con el casuismo propio de las normas de Seguridad Social, pautas que pueden servir de solución adaptable a la regulación de la suspensión por maternidad.

En la actualidad, existe acuerdo en la doctrina en que, aunque históricamente pudiera haber estado más vinculado con razones sanitarias, hoy el llamado permiso por maternidad es una figura compleja, en la que concurren finalidades variadas: la primera, la clásica de permitir la reposición de la salud de la madre tras el parto, pues aunque embarazo y parto no son en puridad enfermedades, conciernen de modo muy directo a la salud de la madre; y otra adicional, que podríamos llamar de estructuración de la unidad familiar: de cuidado del hijo recién nacido, de generación de vínculos estrechos entre el niño y sus padres, de ahí la ampliación subjetiva que el permiso ha experimentado, al integrar al padre en si disfrute en los términos que luego veremos y erigirse en uno de los puntales del sistema normativo de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>29</sup>. Todo ello porque, como se

<sup>26</sup> VIDA SORIA, J., «La suspensión del contrato de trabajo», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, Vol. IX, Madrid, EDERSA 1983, pág. 52.

<sup>27</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C., *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*; Tiranto lo Blanch, Valencia 2003, pág. 47. Una síntesis de esa evolución en RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo*, CES, Madrid 2004, págs. 136 y ss.

<sup>28</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C., «Interrupción y suspensión...» cit., pág. 49, quien sostiene que «aunque pertenecientes a una institución común, son en realidad distintas figuras».

<sup>29</sup> Magníficamente expuesta esta multiplicidad causal, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tiranto lo Blanch, Valencia 1997, pág. 40. Y en RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo* CES, Madrid, 2004, págs. 132, 133.

ha dicho con acierto, «la maternidad, como concepto amplio o valor general, incluye una serie de subconceptos o valores concretos que son protegidos específicamente: se trata de la protección de la salud de la madre, y del bienestar del hijo, del fomento de las relaciones entre la madre/padre e hijo, de la salvaguardia por tanto de la institución familiar, incluso de intereses que rebasan la esfera privada, tal como la promoción de una determinada política demográfica», y por supuesto la promoción del trabajo femenino<sup>30</sup>.

Una figura clásica, pues, y pese a su aparente liviandad técnica, insuficientemente regulada, lo que, dada la trascendencia de los valores en juego —además de los citados, el principio de no discriminación— ha generado una jurisprudencia abundante y una multiplicidad de estudios de todo tipo en el ámbito laboral, así como una relativamente abundante regulación en la negociación colectiva. No se trata de analizar aquí las figuras acotadas con un casuismo que ha dado lugar a una producción científica muy abundante; aprovechando el fruto de este trabajo, trataremos aquí de señalar las pautas generales que rigen el descanso por maternidad.

### 5.2.1. *Titularidad*

El primer elemento a analizar en relación con el permiso de maternidad es el de los sujetos titulares del derecho. Y al respecto es preciso hacer una serie de distinciones, que provocan giros en el régimen jurídico del permiso.

- en el primer supuesto, de maternidad «biológica», la indiscutible titular del derecho al permiso es la mujer, de ahí que sigamos conservando su nombre clásico. Lo es porque sólo cuando ella fallezca podrá disfrutarlo el padre *iure proprio* (art. 48.4, primer inciso ET); en los restantes casos, ella es quien domina el régimen del descanso y, en su caso, opta por ceder al padre parte del mismo. Puede ser una solución censurable desde la perspectiva pura de conciliación de la vida laboral y familiar, pero halla su justificación en una sólida base fisiológica que descarta toda posible imputación de discriminación a favor de la mujer, como puso de relieve el TJUE en el caso OUMAR DAVO ABDOULAYE. Y se encuentra ratificada en la propia normativa comunitaria: en efecto, la Directiva 92/85, art. 8, reserva el permiso por maternidad a la trabajadora, y se abstiene de hacer referencia al carácter «no transferible» de al menos parte del permiso que podría disfrutar el padre, como sin embargo se cuida de hacer la Directiva 96/34, sobre permisos parentales (art. 2.2)

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo* CES, Madrid, 2004, pág. 133.

- En el caso de maternidad/paternidad por adopción, en cambio, la situación es diversa. Titulares del derecho son los dos progenitores, que se encuentran respecto del hecho causante en situación de igualdad., de ahí que el disfrute compartido deba realizarse por acuerdo de ambos (art. 48.4 cuarto inciso ET). Por esa razón los más importantes hitos del permiso han de acordarse por ambos, sin esa unilateralidad típica de la acción de la madre en el permiso por maternidad biológica.

Esta diversidad en el juego de la titularidad no parece llegar a tener tal intensidad que justifique hablar de dos figuras jurídicas distintas, pero sí que le da a los permisos por maternidad/paternidad de adopción un sesgo particular, que justifica la diferenciación de tratamiento en aspectos concretos de su régimen jurídico.

Pero no basta con el vínculo de filiación para zanjar las cuestiones planteadas por la titularidad del derecho que examinamos. La ley del ET expresamente señala que los derechos se conceden al padre y/o la madre «que trabajen» (art. 48.4 segundo y tercer incisos ET), en terminología que hace suya la ley 30/84 al extender el derecho a los funcionarios comprendidos en su ámbito de aplicación<sup>31</sup>. Y ello plantea una problemática que ha llegado a ser zanjada por el propio Tribunal Supremo. En relación con la titular del derecho, su condición de trabajadora o funcionaria no es dudosa como requisito para su efectivo disfrute<sup>32</sup>. El problema se plantea en los casos de ejercicio derivativo del derecho (es decir, en los casos de cesión parcial de su ejercicio al padre que se contempla en el caso de la maternidad biológica), puesto que cabe plantearse si es posible que una madre no trabajadora o no funcionaria puede ceder la parte del permiso que la ley le autoriza a ceder al padre trabajador o funcionario, que por sí mismo no tendría derecho al disfrute del permiso por no considerarse esta posibilidad legalmente. En general, la respuesta de nuestros Tribunales a este respecto es negativa: sólo puede ceder parte de su derecho al padre trabajador la madre que efectivamente es titular del mismo, de donde que se rechace la pretensión ejercitada por el padre trabajador en los casos reseñados<sup>33</sup>. No parece una so-

<sup>31</sup> Art. 3.3, en conexión con el art. 20 de la ley 39/99.

<sup>32</sup> Y ello con referencia a trabajadores por cuenta ajena del art. 1.1 ET. En relación con los trabajadores autónomos algún sector doctrinal ha considerado la posibilidad de extender el derecho al descanso por maternidad también a estos, con fundamento en su derecho a percibir prestaciones por maternidad incorporado por la DA 11 bis RDLeg. 1/94, LGSS, RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato de trabajo» cit., págs. 144-145. A favor de la transmisibilidad GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, M., *op. cit.*, págs. 26-27.

<sup>33</sup> Una descripción crítica del estado de nuestra legislación y doctrina en este tema, en CUENCA ALARCÓN, M., «El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcional (comentario a la Sentencia del Tribunal

lución demasiado concorde con la idea de la conciliación de la vida laboral y familiar, pero parece impecable, si se tiene en cuenta la forma en que el legislador ha diseñado la titularidad del derecho; sostener lo contrario requeriría probablemente la implantación entre nosotros del principio de no transferibilidad aplicado al descanso por maternidad, que ya hemos visto que no ha tenido lugar. Y aporta más argumentos, si fueran precisos, para que ese principio se implante.

En los casos en que ambos padres trabajen, el padre puede disfrutar de parte del permiso, a título derivativo, por cesión de parte del mismo a cargo de la madre. La ley otorga a la madre el máximo de libertad a la hora de decidir si cede o no y cuánto tiempo del permiso, con el límite máximo de 10 semanas (lo que prácticamente reserva a la madre en exclusiva solamente las 6 semanas de descanso obligatorio), sólo parece imponer que su decisión al respecto se haga explícita en el momento de inicio del descanso, y no con posterioridad, lo que resulta coherente con razones organizativas inherentes al empresario. Precisamente por ello es por lo que en nuestra doctrina no suele admitirse la posibilidad de alteración posterior en ese esquema, que ha generado expectativas y derechos en el empresario, tercero pero muy directamente afectado por las decisiones a este respecto. La normativa de Seguridad Social, sin embargo, parece descartar esta interpretación restrictiva, desde el momento en que admite la posibilidad de que la madre revoque su decisión y regula sus efectos (art. 8 RD 1251/2001, de 16 de noviembre)<sup>34</sup>.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá disfrutar, a título propio, del derecho al descanso, o de la parte que reste del derecho al descanso no disfrutado por la madre (art. 48.4 primer inciso ET). También disfrutará del permiso a título propio en el caso de que la madre no reúna los requisitos para la prestación por maternidad y el padre sí, en cuyo caso la duración será de 10 semanas en la torturada redacción del art. 4.1 del RD 1251/2001<sup>35</sup>.

### 5.2.2. *Naturaleza del permiso*

Razones históricas han conducido a que la expresión permiso por maternidad, actualizada si acaso con la referencia a la paternidad/maternidad,

---

Supremo de 28 de diciembre de 2000)», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 1059 y ss. La autora defiende la comunicabilidad de la protección entre sistemas normativos compatibles, como lo hacen también SEMPERE, AV., «La Ley 3/89 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales* 1989-I, pág. 95; y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La protección por maternidad», cit., pág. 54.

<sup>34</sup> Deducen de esta regla la posibilidad de revocación, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J., IGARTUA MIRÓ, M., *op. cit.*, págs. 28-29.

<sup>35</sup> GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, págs. 29-30.



se siga imponiendo en la doctrina, la jurisprudencia e incluso en la negociación colectiva. Pero es obvio que ésa no es su naturaleza, al menos si tomamos como referente de la voz «permiso» al art. 37 ET. Adecuadamente contemplado en el art. 45.1.d) ET el derecho que estudiamos es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, con derecho a reserva del puesto de trabajo (art. 48.4 ET). Sobre este punto no hay fisuras doctrinales ni jurisprudenciales. Lo anterior, al menos si contemplamos la versión más clásica del permiso porque, en efecto, una vez introducida la posibilidad de que el permiso se disfrute a tiempo parcial hemos de concluir que se ha de abandonar el terreno de las suspensiones para entrar en el ámbito de las reducciones de jornada<sup>36</sup>, si bien con la adaptación a estos supuestos del régimen del permiso-suspensión en lo que sea posible (por ejemplo, para calcular su duración, para establecer el grado de vinculabilidad de la decisión de la trabajadora al respecto, etc.).

Importa destacar esto, además, por otra razón adicional al puro interés teórico: la suspensión del contrato proporciona adecuado encaje al juego del principio de toma en consideración del tiempo pasado en esta situación a efectos de derechos de todo tipo posteriores al permiso mismo. Como bien se deduce del art. 45.2 ET, la suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de retribuir; nada más, justificando la pervivencia real del contrato ese efecto de cómputo del tiempo a todos los efectos que, como se ha visto al examinar la jurisprudencia comunitaria, es indisoluble del principio de interdicción de la discriminación.

Finalmente, la suspensión del contrato, por su naturaleza, coexiste en los contratos indefinidos y en los temporales, si bien en este último caso operará en función de la propia pervivencia del contrato: en otras palabras, no será posible que la suspensión se extienda más allá de la duración del contrato. Esta conclusión es obligada en pura teoría del contrato de trabajo. Cuestión distinta es el tratamiento de este supuesto en el ámbito del derecho de la Seguridad Social.

### 5.2.3. *Ejercicio y duración del permiso*

La duración del permiso es de 16 semanas, como es sabido, periodo que se ha extendido tras una vicisitud legal notable a los casos de adopción y acogimiento. Este plazo es mínimo, pudiendo ampliarse en general por la negociación colectiva<sup>37</sup> o por acuerdo de las partes; y específicamente, por

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato...», cit., pág. 157.

<sup>37</sup> Si bien se ha censurado entre nosotros la pobreza del tratamiento convencional al respecto, puede verse una panorámica de esta cuestión específica en MARTÍNEZ MORENO, C.,

ministerio de la ley, en los casos de parto múltiple (en que se ampliará su duración dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, art. 48.4, primer inciso ET), y en los casos de adopción o acogimiento múltiples simultáneos (en que se ampliará igualmente dos semanas por cada hijo a partir del segundo, art. 48.4 cuarto inciso ET).

Múltiples son los problemas prácticos que plantea la determinación del momento concreto de disfrute del derecho al permiso. En principio, es la decisión de la trabajadora la determinante en relación con el momento y la modalidad de ejercicio del derecho. El punto de referencia para el cálculo podrá ser, bien la fecha del parto mismo (si se opta por el disfrute de todo el permiso con posterioridad a éste), bien la previsible fijada por los Servicios Médicos que atiendan a la trabajadora, cuanto menos para el disfrute, si ésta lo desea, de las 10 semanas anteriores al parto. Si hubiera error en la fecha de previsión del parto parece que sólo será trasladable a la trabajadora, que en principio deberá disfrutar en todo caso de las seis semanas posteriores, en el caso de que hubiera optado por disfrutar antes del parto de menos de esas 10 semanas, en la medida en que quede tiempo remanente.

En los casos en que haya optado por esta solución, el tiempo de disfrute del padre deberá señalarse con posterioridad a la fecha del parto, para ejercerlo de forma ininterrumpida, simultánea o sucesivamente respecto del tiempo disfrutado por la madre, salvo que llegado el momento de su efectivo disfrute por el padre la salud de la madre aún corriese peligro, en cuyo caso este elemento será obstativo del derecho del padre por todo el tiempo de la duración del permiso si fuera preciso (art. 48.4 segundo inciso ET).

Como se ha dicho, aunque no es disponible en modo alguno el derecho mismo al descanso (art., 3.5 ET) la ley impone el disfrute obligado de seis semanas ininterrumpidas con posterioridad al parto. Este periodo de descanso obligatorio es particularmente resistente a la voluntad ordenadora de la trabajadora; desde luego lo es en relación con la prolongación del descanso en caso de parto prematuro u hospitalización del bebé (art. 48.4 inciso tercero ET), y probablemente deba serlo también en relación con el supuesto de disfrute a tiempo parcial del descanso por maternidad, que por razones sistemáticas y teleológicas parece que debiera predicarse de las 10 semanas restantes y no de las seis de descanso obligado e «ininterrumpido».

---

«Suspensión del contrato de trabajo por maternidad y riesgo durante el embarazo», en ARGÜELLES BLANCO, AR- MARTÍNEZ MORENO, C-MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares* CES Madrid 2004, págs. 215 y ss.

#### 5.4.4. *Permiso y otros derechos derivados del contrato de trabajo*

Un primer problema viene planteado por la posible concurrencia de enfermedades que precedan y se superpongan sobre el tiempo del permiso, circunstancia común que no está expresamente contemplada desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, aunque sí del de la Seguridad Social; en ambos casos se trata de suspensiones del contrato de trabajo y, desde la perspectiva laboral, aparentemente no habría razones para distinguir. No es así, sin embargo, si se tiene en cuenta que puede haber diferencias de régimen en el cómputo del tiempo transcurrido en cada una de estas situaciones, y que el mandato comunitario es, justamente, que el tiempo correspondiente al permiso por maternidad se equipare a tiempo de activo, pero sólo él, sin que se encuentre implicada la prohibición de discriminación en relación con otras ausencias distintas del permiso, aunque tenga la enfermedad su origen en el embarazo o en el parto. En principio, habida cuenta del mandato del art. 48.4 ET, hasta el parto no estaría en cuestión el permiso por maternidad, pudiendo ampliarse el periodo de IT hasta ese momento. Con posterioridad, parece que tendría lógica aplicar la solución prevista para la Seguridad Social y por tanto entender comenzado el disfrute del permiso por maternidad hasta su agotamiento, de modo que, si al finalizar continúa la perturbación de la salud, continúe la situación de IT.

En este ámbito, una aportación proveniente de la jurisprudencia comunitaria en el caso MERINO GÓMEZ<sup>38</sup> (STJUE 18 marzo 2004, caso c-342/01) arroja luz adicional sobre la particular resistencia del régimen del permiso a generar perjuicios en las condiciones de trabajo presentes o futuras de la trabajadora. En el conocido caso, una trabajadora embarazada había disfrutado de su baja maternal en el periodo señalado en la empresa como fijo para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, planteando el Tribunal proponente de la cuestión prejudicial la compatibilidad con el Derecho comunitario de la imposición de este régimen a la trabajadora y por tanto de que ésta no disfrutase de vacaciones adicionales, en aplicación de un principio tradicional en nuestra Jurisprudencia que atribuía al trabajador los «riesgos del descanso efectivo» durante el periodo de vacaciones<sup>39</sup>. El TJUE desechó esta interpretación posible, en interpretación de las Directivas 93/104, 92/85 y 76/207, orientada a proteger las instituciones que cada una de ellas garantiza y, por lo que ahora interesa, la «integridad de los derechos deriva-

<sup>38</sup> Sobre esta Sentencia y su alcance laboral, *vid.*, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., «La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al Derecho comunitario», *Relaciones Laborales*, 2004-I, págs. 639 y ss.

<sup>39</sup> *Vid.*, sobre la situación anterior, RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato...» cit., pág. 165.

dos del contrato» que ya hemos dicho que constituye el eje en torno al cual se ordena el régimen del descanso por maternidad ([art. 11.2.<sup>a</sup>) Dir. 92/85]). En consecuencia, la respuesta al Tribunal nacional fue inequívoca:

- 1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.
- 2) El artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104.

El asunto Merino Gómez ha causado el lógico revuelo, si se tiene en cuenta que se refería a un supuesto de derecho español, y a una doctrina jurisprudencial bastante consolidada en materia de vacaciones. Pero, una vez más, hay que subrayar que quizás el apartado más reseñable de la Sentencia es el que vincula la solución propuesta al principio de conservación de la integridad de los derechos laborales de las trabajadoras durante el descanso por maternidad (art. 11 Dir. 92/85). Este principio, según se deduce de la Sentencia Merino Gómez, afecta a los derechos más inmediatamente conectados al arco temporal en que se disfruta del permiso, pero no hay razón técnica para no considerarlo extensible a cualesquiera otros derechos que se generen con el trabajo efectivo, desde la percepción de complementos retributivos por asiduidad o asistencia al trabajo, a la consideración como tiempo trabajado a efectos de generar otros descansos, hasta la generación de derechos de pensiones o de cualesquiera otras formas de salario diferido. Se trata sin duda de un régimen de suspensión del contrato que es privi-



legiado en nuestro sistema, pero el caso Merino Gómez y los otros que hemos visto que se enfrentan a esta materia no dejan lugar a dudas acerca de la necesidad de considerar relevante a todos los efectos como tiempo trabajado el obligatorio reconocido en la legislación nacional para el descanso por maternidad. Si se ha de seguir la pauta comunitaria, esta cobertura máxima sólo se predicaría del tiempo mínimo obligatorio previsto en la legislación nacional, y no de las mejoras sobre esos mínimos que hayan sido previstas por vía convencional o por acuerdo de empresa.

### 5.3. La reducción de jornada por lactancia

Sin pretender agotar el tratamiento de una cuestión que excede de la protección de la mujer embarazada, entrando ya en la de protección de la maternidad/paternidad, la cuestión del permiso de lactancia es relevante desde la perspectiva preventiva en la medida en que por la propia dinámica de la lactancia natural se pueden plantear problemas de compatibilidad entre ésta y el trabajo que la madre desempeña, si le obliga a exponerse a elementos o a manejar sustancias que pudieran incidir perjudicialmente en la salud del hijo. Que esta posibilidad existe se afirma en la legislación laboral española, en concreto, en el art. 26 LPRL, que desde su primer párrafo une embarazo y lactancia como supuestos de riesgos específicos que deben evaluarse y evitarse en los términos generales de los arts. 14 y 15 LPRL, y particulares del apartado 4 del mismo artículo, que impone en estos casos la modificación de las condiciones de trabajo, en su caso el cambio de puesto de trabajo en los mismos términos que en el caso de riesgo por embarazo. No se prevé, en cambio, la posibilidad de suspensión asociada a la situación de riesgo para la lactancia. Esta solución ha recibido críticas doctrinales importantes<sup>40</sup>, que consideran que instituye una desprotección para la trabajadora, y parece contravenir el tenor del art. 6.2 de la Directiva 92/85, que excluye que la trabajadora pueda «verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, Sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> De «unánime» califica la crítica doctrinal RODRÍGUEZ COPÉ, M.<sup>a</sup> L., «La suspensión del contrato...» pág. 162. Sobre los problemas planteados por la situación de lactancia desde el punto de vista preventivo, vid el ya citado trabajo de SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 707 y ss.

<sup>41</sup> Esto es, a la exposición al «plomo y sus derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano», y a los «trabajos de minería

No parece que haya que concluir tan rotundamente, pero sólo en la medida en que se interprete el precepto legal como una norma que impone la salvaguardia de los derechos de la mujer, mediante la obligada acomodación de las circunstancias laborales, porque ésta ha de permanecer en activo. Al no existir la opción por la suspensión, las modificaciones por riesgo, que resultaban de alguna manera eludibles por motivos de racionalidad organizativa de la empresa durante el embarazo, no pueden serlo cuando el riesgo se asocia a la lactancia, debiendo producirse en todo caso. Si, pese a ello, el riesgo persistiese habría que plantearse la posibilidad de aplicar al caso lo dispuesto en el art. 30 ET, generándose un periodo de suspensión de la obligación de trabajar permaneciendo la retribución por causa imputable al empresario. Se trata de una solución gravosa y con indudable efecto boomerang pero, a la luz de la jurisprudencia sobre la irrelevancia de los argumentos económicos del empresario que se empezó a sentar en el caso DEKKER, ineludible desde la perspectiva de la norma comunitaria.

## **6. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL CORRESPONDIENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO POR EMBARAZO Y MATERNIDAD**

Como hemos visto en el momento de examinar la doctrina jurisprudencial comunitaria, no existe norma que imponga que la protección por maternidad deba desembocar en la percepción de prestaciones por parte del sistema nacional de Seguridad Social. De hecho, en la jurisprudencia más antigua se hace especial hincapié en el carácter especialmente reforzado de la prohibición de discriminación cuando se refiere a la maternidad, y a la irrelevancia, frente a las medidas de protección que se hayan de adoptar, de argumentos economicistas esgrimidos por los empresarios obligados a mantener la retribución de trabajadoras con contratos suspendidos, por relevantes o lógicos que pudieran parecer. La situación, sin embargo, tiende naturalmente a generar normas de protección social que, por una parte, cumplan la función que les es propia en relación con la situación de necesidad padecida por las trabajadoras que ven sus contratos suspendidos; y por otra, casi sobre todo, eviten el efecto boomerang que a pesar de todas las cautelas pueda generar una legislación protectora que se limita a desplazar sobre el empresario las cargas económicas de tutela de la maternidad. Esta segunda fun-

---

subterráneos», pero ha de tenerse en cuenta que la lista no es exhaustiva, y que es posible detectar otros supuestos, quedando la última palabra en manos de los servicios de prevención y médicos que atiendan a la trabajadora.

ción es, como se ha dicho, crucial, y en nuestro ordenamiento ha generado, como se sabe, medidas de «coste cero» asociadas a la sustitución de la trabajadora embarazada; medidas de incentivo de la contratación o reincorporación de las trabajadoras tras las suspensiones por maternidad en cualesquiera de sus clases; y medidas de Seguridad Social, que hacen asumibles las medidas de protección por las propias trabajadoras afectadas. Centraremos ahora nuestra atención en las últimas citadas; las medidas de fomento del empleo y la reincorporación de las trabajadoras, siendo importantes, exceden con mucho del objeto de este trabajo.

La incorporación de estas prestaciones, y sobre todo la inserción de la nueva situación de riesgo por embarazo ha sido objeto de una reciente sistematización y ordenación a escala reglamentaria con el RD 1251/2001, de 16 de noviembre (en adelante, RDPM)<sup>42</sup>, que constituye el desarrollo de las disposiciones de los arts. 133 bis a 135 de la LGSS, en la redacción fijada por la ley 39/99, que definitivamente desliga la prestación por estos motivos del régimen de la incapacidad temporal, insuficiente e inadecuado a la luz de la orientación que estaba tomando la normativa sustantiva de la que resultaban corolario las normas de Seguridad Social. En esta relación de preceptos se contiene la normativa aplicable a estas situaciones.

Las previsiones normativas sobre esta materia indican una tendencia legal a extender y homogeneizar la protección por estos conceptos a todo el sistema de Seguridad Social, por encima de las diferencias entre regímenes, que se hacen explícitas en el texto de su reglamento: según el art. 1 del RDPM su texto será de aplicación a todos los regímenes del sistema, si bien en relación con los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Estado, de las FAS y al servicio de la Administración de Justicia sus normas serán supletorias, en lo que no se oponga «a lo preceptuado en la normativa general, reguladora del Régimen correspondiente» (art. 1.3 RDPM). No obstante, las profundas diferencias técnicas entre las prestaciones de servicios de trabajadoras por cuenta ajena y autónomas imponen que, especialmente en relación con la prestación de riesgo por embarazo, el régimen se bifurque en dos subconjuntos de normas aplicables a unas y a otras (arts. 14 y ss y 22 y ss, respectivamente). De esta forma, desde la perspectiva del derecho de la Seguridad Social se plantean una serie de cuestiones en relación con la eventual suspensión de la actividad de las autónomas que en la normativa sustantiva apenas se esbozaban, como ya vimos.

<sup>42</sup> Sobre la génesis de esta reforma, GORELLI HERNÁNDEZ, J-IGARTUA MIRÓ, M., «Las prestaciones por maternidad...» cit., págs. 9 y ss. En general, sobre la situación normativa anterior, vid. FERNÁNDEZ URRUTIA, A., *Prestaciones económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

## 6.1. Las prestaciones por riesgo por embarazo

### 6.1.1. *Situación protegida*

Como ya se ha dicho, las normas sobre estas prestaciones están diseñadas sobre el molde que deja establecido la legislación sustantiva respecto de las suspensiones asociadas a la maternidad. En este caso, es la suspensión por riesgo por embarazo de que hemos hablado con anterioridad la que delimita la situación protegida: suyos son los presupuestos de nacimiento de ésta y los condicionantes de su duración. Y de esa forma, casi por remisión, la describe el art. 134 LGSS. Recuérdese que la protección abarca sólo a la suspensión por riesgo por embarazo, y no a otras eventuales que pudieran generarse durante el embarazo, y aún después, como consecuencia de procesos patológicos, incluso si estos se relacionan directamente con el propio embarazo o el parto, que deberán ser cubiertos por la prestación de Incapacidad Temporal (art. 14.2 RDPM). El mismo principio se asocia a la prestación para las trabajadoras autónomas<sup>43</sup> si bien, como es obvio, el cese de éstas en la actividad productiva queda en la sombra (art. 22 RDPM).

### 6.1.2. *Beneficiarias*

Lo serán, en general, las trabajadoras por cuenta ajena que se hallen afiliadas y en alta al tiempo de la suspensión del contrato, y acrediten un periodo mínimo de cotización de 180 días en los 5 años inmediatamente anteriores a dicha fecha, incluidas las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar cuando presten sus servicios en exclusiva para un hogar (art. 16.1 RDPM). El cómputo del periodo de carencia de las trabajadoras a tiempo parcial se realizará en aplicación de las normas específicas del RD 144/99, de 29 de enero, regulador de la contingencia de Incapacidad Temporal derivada de riesgos comunes.

Las previsiones en relación con las trabajadoras autónomas<sup>44</sup> se superponen a la misma exigencia (art. 23 RDPM), si bien el momento en que se han de reunir estos requisitos será la «fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la Entidad gestora» en que se acredite que efectivamente concurren en la trabajadora las circunstancias de riesgo que justi-

<sup>43</sup> Sobre el tema, SOBRINO GONZÁLEZ, G., «El acceso de las mujeres trabajadoras autónomas, en situación de baja en el RETA, a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y maternidad», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 745 y ss.

<sup>44</sup> Y con las trabajadoras incluidas en el RE Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.



fican el cese en la prestación laboral. En todos los casos de trabajadoras autónomas se exigirá que se encuentren al corriente en el pago de las cotizaciones, sin perjuicio de que esté operativo el sistema de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Dto. 2530/1970 para todas ellas, también para las integradas en el servicio doméstico. Siempre, claro está, que reúnan los restantes requisitos para causar derecho a la prestación correspondiente <sup>45</sup>.

A diferencia de lo que sucede en relación con el subsidio por maternidad, no están previstos supuestos de asimilación al alta, probablemente lógica porque, por la dinámica de la prestación, es difícil concebir un supuesto de asimilación al alta que encaje con ella <sup>46</sup>.

### 6.1.3. *Dinámica de la prestación*

La prestación por riesgo por embarazo consiste en una renta periódica equivalente al 75% de la base reguladora (art. 135.1 LGSS), tomando la pauta de la prestación por incapacidad temporal, de tal modo que la base reguladora será la que correspondería por IT «tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo» (art. 17.1 RDPM), con reglas específicas para las situaciones de pluriempleo y pluriactividad (art. 29 RDPM).

El nacimiento de la prestación se produce, obviamente, con el inicio de la suspensión del contrato (en los términos y con la tramitación previsto en el art. 21 RDPM), y cesa con el inicio del descanso por maternidad (luego abarca el parto) o con la desaparición de las circunstancias que justificaron su reconocimiento, en la misma línea en que opera la propia suspensión, de ser una medida de *ultima ratio* frente a las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo.

La extinción del contrato de trabajo o el fallecimiento de la beneficiaria constituyen los otros supuestos de extinción (art. 18 RDPM).

## 6.2. **Las prestaciones por maternidad**

Por supuesto que la situación de necesidad generada por la maternidad y el descanso correlativo es compleja y requiere para ser paliada de prestaciones de índole diversa, señaladamente sanitarias y económicas, por eso hablar de ellas en plural, sin perjuicio de centrarnos en la prestación económica, en la línea seguida hasta ahora de centrarnos en las novedades más recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento.

<sup>45</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J-IGARTUA MIRÓ, M., «Las prestaciones...» cit., pág. 42.

<sup>46</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J-IGARTUA MIRÓ, J., *op. cit.*, pág. 136.

### 6.2.1. *Situación protegida*

En la pauta seguida por el RDPM en general, el seguimiento de la situación sustantiva se convierte en la fórmula para delimitar la situación protegida: «la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten» conforme a la legalidad aplicable, sobre los que ya hemos tenido ocasión de hablar (art. 2 RDPM), pero el art. 2 contiene alguna precisión de interés:

- como premisa, la precisión del complejo punto de la tramitación administrativa en que se considera producida la adopción o el acogimiento, nacional o internacional, o de personas que padezcan alguna discapacidad.
- en segundo lugar, extiende el régimen de esta prestación a todos los trabajadores de todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con la sola excepción del disfrute del permiso a tiempo parcial, que se reserva a los trabajadores por cuenta ajena.

### 6.2.2. *Beneficiarios*

Lo serán, obviamente, los trabajadores que disfruten de los correspondientes permisos en torno a los que gira esta prestación, «siempre que, reuniendo la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada a ella en algún Régimen del Sistema de SS, acrediten un periodo mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción» (art. 4.1 RDPM), con las consabidas precisiones en torno a los complejos fenómenos de la adopción, que autorizan la traslación del hecho causante al momento en que sea preciso el desplazamiento al extranjero, sin que el descanso total exceda de las 16 semanas.

Como se sabe, el descanso puede ser disfrutado en parte por el padre: la prestación también, si bien es preciso, para que pueda disfrutarla, que reúna en sí mismo los requisitos que se acaban de enunciar de afiliación, alta y cotización<sup>47</sup>. Sorprende la solución legal (art. 4.2) si se tiene en cuenta el carácter derivado del derecho del padre al descanso, y los extremos en que resulta dependiente del derecho de la madre, lo que justificaría más el trata-

<sup>47</sup> Sobre la exigencia de los requisitos del padre, *vid.* STSJ Castilla La Mancha 1 marzo 2004 (84131).

miento de los derechos del padre por reflejo, de la misma manera que operan en otras prestaciones en las que se da también este deslizamiento de la prestación a sujeto distinto del que la percibe<sup>48</sup>. En relación con los autónomos opera la regla de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones, en los mismos términos que ya hemos visto en relación con el subsidio por riesgo por embarazo (art. 4.3), y parecidamente sucede en relación con los trabajadores afiliados al RE de Servicio Doméstico que trabajen en exclusiva para un solo hogar familiar.

La dualidad de sujetos potencialmente protegidos justifica la movilidad de reglas adicionales, y su casuismo. Y, en concreto con referencia a los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples acoge en buena parte el principio que inspira la legislación sustantiva, asociándola a la prestación, de modo que la beneficiaria de los permisos adicionales serán los padres, pues ambos pueden ser beneficiarios, pero el carácter derivativo del derecho del padre emerge en la decisión de la madre, esencial para determinar quién sea en concreto el beneficiario en el supuesto de parto, en tanto que en los restantes casos la determinación dependerá del acuerdo de los interesados.

a) *Asimilaciones al alta*<sup>49</sup>

Reguladas en el art. 5 del RDPM, se refieren a:

- los perceptores de la prestación de desempleo total del nivel contributivo
- A los cargos públicos que cesen con este objetivo, así como a los que desempeñen cargos sindicales de ámbito provincial o superior, en el mes siguiente al cese en el cargo, durante el que deberá solicitar el ingreso al trabajo para pasar a la situación prevista en el art. 48.4 ET<sup>50</sup>

<sup>48</sup> En general, el carácter subsidiario del derecho del padre ha demostrado tener una importante virtualidad interpretativa, desestimándose el derecho de éste a percibir prestaciones por maternidad en casos en que la madre carecía de derechos al respecto, por ejemplo, por ser abogada en ejercicio. STSJ País Vasco 13 octubre 2004 (3583); Madrid 26 febrero 2003 (3015) ó Madrid 3 octubre 2003 (23238). Y del TS, Sentencias 28 diciembre 2000 (1882) ó 20 noviembre 2001 (360).

<sup>49</sup> Sobre la especialidad, en relación con los autónomos, prevista en el art. 29.1 del Dto. 2539/1970, *vid.* STSJ Aragón 4 octubre 2004 (2005/24225); Extremadura 21 diciembre 2004 (2005/14141). Y STS 29 abril 2002.

<sup>50</sup> Puede plantear dudas la consideración legal de algunos supuestos de suspensión del contrato como periodo de ocupación cotizada: por ejemplo, el primer año en la excedencia por cuidado de hijos. El caso está excluido expresamente por la DA 3.ª del RD 1251/2001. No así el periodo de suspensión con reserva de puesto de trabajo del art. 48.6 ET incorporado por la Ley Integral de Violencia de Género (LO 1/2004 28 diciembre), DA 8.ª, que incorpora un apartado 5 al art. 124 LGSS en el sentido siguiente «5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la

- Al trabajador trasladado por la empresa fuera del territorio nacional
- Para artistas y profesionales taurinos, a los periodos a que se refieran sus cotizaciones, aunque no se correspondan con tiempo de prestación de servicios
- En el régimen especial Agrario, por desplazamiento al extranjero por motivos de trabajo en los términos recogidos en su legislación específica.
- Una cláusula abierta cierra la lista.

*b) Cálculo de la prestación*

Siendo la base reguladora calculada según las mismas reglas que en el caso de la IT, su cuantía será del 100% de la misma, con lo que la norma de Seguridad Social se aproxima a la regla comunitaria acerca de la cuantía mínima de las prestaciones que las trabajadoras tienen derecho a percibir por este concepto. Y, entre otras reglas particulares, destaca que, en caso de que sea compartido el disfrute del descanso, la base reguladora de la prestación que corresponda percibir al padre se calculará sobre los propios datos de cotización de éste, sin que la cuantía de la prestación también «derive» de la de la madre. Una medida en cierta medida incoherente con el ya descrito carácter derivado de la prestación del padre, pero sin duda eficaz para evitar que la menor retribución a percibir por el padre le haga desistir de hacer uso de este derecho (en un contexto, obviamente, de discriminación salarial).

*c) Dinámica de la prestación*

Resulta extremadamente complicado el art. 7 del RDPM, en la medida en que sus reglas se dispersan en la contemplación de la multiplicidad de supuestos y combinaciones que pueden darse en relación con el descanso por embarazo, aborto de feto con edad superior a 180 días, parto, parto múltiple, adopción y acogimiento, descanso por el padre, fallecimiento o enfermedad del hijo, fallecimiento de la madre, etc. Se trata de reglas que en su mayor medida transfieren y solucionan en el plano de la Seguridad Social aspectos del régimen del descanso que ni siquiera se plantearon en la legislación sustantiva, motivo por el que el RDPM, a través de esta circunstancia desarrolla un seudopapel del reglamento del art. 48.4 ET de indiscutible

---

consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo». Riesgo por embarazo queda fuera de la ampliación, y la medida se antoja más que cuestionable. En general, estas cuestiones han sido objeto de un abundante tratamiento jurisprudencial, por todas, *vid.* STS 14 noviembre 2001 (3042); STSJ Valencia 30 noviembre 2004 (3715); Madrid, 12 enero 2004 (666); Aragón 23 julio 2003 (1067) ó Cataluña 16 julio 2004 (2689), con una amplia revisión histórica.

utilidad. Y todo ello tanto en el momento de generar el derecho al subsidio como a la hora de extinguirlo.

Dentro de estas reglas, quizás las más interesantes sean:

- La contenida en el art. 8, dedicada a la «revocabilidad de la opción en favor del padre», que podrá tener lugar en casos justificados tales como «ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas», supuestos que, como hemos visto, no se prevén en el ET y que el RDPM incorpora con buen criterio.
- La contenida en el art. 9, dedicada a exponer la coordinación entre la situación de descanso por maternidad en sus diversas vertientes y la situación de Incapacidad Temporal, que por la naturaleza de las cosas tan próxima se encuentra a aquella antes, durante y después de su surgimiento. Se trata de una serie de reglas que tienen en el momento del parto un punto de inflexión de modo que, si la interesada no ha solicitado lo contrario, el descanso por maternidad se iniciará a partir del parto, y no procederá volver a declarar en situación de IT a la trabajadora hasta que finalice el referido descanso. Y ello tanto si es el padre como si es la madre quienes comparten el permiso.
- La regla dedicada a compatibilizar la percepción del subsidio con la extinción del contrato de trabajo, que cubre el apartado 4 del art.9
- La dedicada a regular minuciosamente el disfrute de la prestación a tiempo parcial (Disposición Adicional 1.ª RDPM)
- Y, finalmente, la que perpetúa la obligación de cotizar durante el tiempo de percepción de estos subsidios (Disposición Final 2.ª RDPM), a combinar con las vigentes medidas de «coste cero» de que se ha hablado.

### 6.3. Un remate coherente: la nulidad de los despidos fundados en el ejercicio de los derechos de protección de la maternidad y riesgo por embarazo

Una de las novedades que incorporaba la Directiva 92/85 —y que demostraban la profunda ambivalencia de la norma, como norma de prevención y como norma antidiscriminatoria— es la contenida en su art. 10, que intima a los Estados miembros a adoptar medidas «para prohibir el despido de las trabajadoras» «durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad», «salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado» admitidos en la legislación nacional. En estos despidos el empresario «deberá dar motivos justificados del despido por escrito». Y finaliza el precepto afirmando que «los Estados miem-

bros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras...contra las consecuencias de un despido que sería ilegal».

La transposición de este precepto en nuestra legislación nacional ha tenido lugar mediante la incorporación del art. 55.5 a y b) ET para el despido disciplinario. Parecida regla consagra el art.53.4 a y b) para el despido objetivo. En relación con el despido colectivo no se produce esta ampliación expresa. En el ET no se mencionan las causas de nulidad del despido colectivo, sino en el art. 124 LPL, que asocia esta nulidad sólo a la ausencia de autorización administrativa y remite a lo dispuesto en el art. 113 LPL, donde nuevamente se habla de los efectos del despido nulo, pero no de las causas que lo motivan. Es posible salvar la laguna mediante una interpretación sistemática de las normas sobre despido, pero sería deseable que no existiera con una adecuada ordenación de los efectos de los despidos en estos casos, y no con la simple intromisión de reglas fraccionadas e incompletas en cada tipo de despidos.

La declaración de nulidad de los despidos en nuestro ordenamiento, con su tutela de readmisión efectiva en el trabajo, parece ser una adecuada transposición de la norma comunitaria (con la necesaria advertencia de los defectos del art. 124 LPL)<sup>51</sup>, en cuanto descarta plenamente la posibilidad de terminación del contrato por causas inherentes al estado de las trabajadoras o por el ejercicio de los derechos que a éstas se le conceden en relación con las situaciones de embarazo y de parto

La cuestión que se plantea en nuestra Jurisprudencia hasta ahora ha sido, precisamente, la de la conexión entre despido y embarazo, por alegar la empresa que desconocía la situación de embarazo de la trabajadora. Como hemos visto, al analizar la jurisprudencia constitucional, el TC ha seguido la pauta que le ha marcado el TJUE, terminando por imponerse la pauta de la no necesidad de comunicación por la trabajadora de su estado a la empresa, aplicando una versión objetiva del periodo de embarazo y los descansos a él asociados, como un periodo de impunidad en que la licitud del despido sólo puede haber ante causas de despido muy caracterizadas y plenamente probadas por la empresa. De ese modo, la tutela antidiscriminatoria refuerza la que proviene sólo del régimen del despido en nuestro país, como lo ha demostrado la reiterada jurisprudencia del TC en el sentido de que no basta con probar una causa ajena al embarazo, sino que es preciso, además, un especial esfuerzo de puesta entre paréntesis de la finalidad discriminatoria del despido, que endurece aún más, si cabe, la posición probatoria del empresario.

<sup>51</sup> En el mismo sentido, poniendo de relieve la diferencia estructural entre la prohibición (que opera a priori) y la nulidad del despido, cuyo control opera a posteriori, ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo...* págs. 257 y ss.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Vista en su conjunto la normativa protectora de la maternidad y el embarazo a escala estatal y a escala comunitaria se evidencia que en pocos casos como en éstos la normativa preventiva ha servido de cauce para hacer que en la empresa se manifiesten intereses y aspiraciones de las trabajadoras en un momento clave como es la maternidad, de modo que la norma preventiva juega un papel central en la tutela de la mujer afectada, y a la postre en la dinámica de la tutela antidiscriminatoria. Del conjunto de reglas que se ha estudiado, la normativa sobre protección del embarazo y la maternidad proporciona un ejemplo típico de supuestos en que circunstancias personales del trabajador se interiorizan en la vida de la empresa, y prevalecen sobre los requerimientos organizativos y económicos de ésta, en atención a la relevancia general del interés del trabajador. No se trata de un fenómeno absolutamente nuevo: ya desde la STC 99/94 el TC apuntó que esa incidencia en los poderes de organización del empresario de los derechos de los trabajadores era ineludible y podía llegar a tener relevancia constitucional, dependiendo de la naturaleza y el rango de los derechos e intereses que se invocasen; en la normativa de conciliación de la vida laboral y familiar se recoge la misma orientación y hasta cierto punto eso ocurre también en la dimensión laboral de la violencia de género, a través de la Ley orgánica 1/2004. Pero habrá que convenir en que la incidencia de posiciones individuales de los trabajadores en la relación de trabajo alcanza su cenit cuando el interés aducido es el de la maternidad. Y en garantía de esa posición prevalente se implanta una serie de derechos de la trabajadora afectada (de adaptación o cambio de puesto de trabajo, de suspensiones o descansos), cuya tutela no se desencadena sólo en el plano de la legalidad ordinaria, sino desde el plano constitucional de la prohibición de discriminación, en una línea que hace tiempo que marcó el TJUE y ha recogido sin dudas el TC. De este modo, negarle la adaptación del puesto sin causa justificada, o despedirla o no contratarla en contemplación de las ausencias al trabajo o las inconveniencias de la mujer madre como trabajadora no son sólo reglas contrarias a la prevención de riesgos laborales, adquieren un relieve especial por tratarse de reglas que son discriminatorias, porque inciden negativamente en una condición laboral vinculada al sexo de la persona que no debe prevalecer como causa de diferenciación. Y esta admisión trae consecuencias sobre el rango institucional de los derechos concernidos, sobre las formas de tutela de los mismos, y hasta sobre la posición de las partes en el seno de los procesos que se incoen para la aplicación de estas normas.

En el ordenamiento español se añade, sin embargo, una aproximación particular: en especial por lo que hace a la tutela frente al despido, se equiparan mujeres y hombres, en cuanto disfruten de los descansos legalmente establecidos. Sin duda se trata de una razonabilísima equiparación, pero ha-



brá que convenir en que la relación con los hombres de la prohibición de despedir está más vinculada a propósitos legales de potenciar la conciliación de la vida laboral y familiar que a luchar en sentido estricto contra la discriminación, de ahí que, en su caso, los despidos a varones por esta causa deban ser considerados como nulos por infracción de la legalidad ordinaria más que nulos por infracción del art. 14 CE; de otro modo estaríamos entrando en una línea de bilateralización de la prohibición de discriminación que puede quitar a ésta parte de su eficacia y mucho de su sentido y que el TJUE descartó que cupiera abrir en el caso Abdoulaye ya citado, en clara discrepancia con sus antecedentes en la Sentencia Barber (caso c-262/88).

