

## **LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO O MATERNIDAD: APLICACIÓN Y APORTACIONES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007.**

**M<sup>a</sup> TERESA CONDE-PUMPIDO TOURÓN**

**Magistrada de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.**

**A Coruña. Galicia.**

**[MTC-PT@terra.es](mailto:MTC-PT@terra.es)**

### **I. INTRODUCCIÓN**

### **II. LA NORMATIVA INTERNACIONAL: DE LA PROHIBICIÓN DE DESPIDO A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN**

### **III. EL DERECHO COMUNITARIO:**

#### **A) LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE**

#### **B) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y LA DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD**

### **IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DEL EMBARAZO O MATERNIDAD.**

### **V. LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y LAS APORTACIONES DE LA LO 3/07**

### **VI. HACIA UNA NUEVA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA**

## I. Introducción

La maternidad de la mujer trabajadora ha sido tratada por el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social desde sus inicios: baste recordar que las primeras normas de “protección” de la maternidad-de la salud de la madre trabajadora- con introducción del descanso posparto y lactancia se contienen en la Ley de 1900(unida a la regulación del trabajo de los menores, en constatación de la idea de su común “debilidad” fisiológica ,de la que el embarazo y la maternidad no eran sino una manifestación) ,y la prohibición de las cláusulas de “celibato” o de la extinción del contrato por maternidad(como asunción de una realidad ,el que la maternidad es un elemento esencial de exclusión laboral de la mujer),se introducen en la Segunda República .Y sin embargo ,siendo la maternidad un hecho natural y de una indiscutible importancia social ,sigue resultando muy difícilmente asumible como un paradigma normal en el marco de la relación de empleo.

Si el Derecho es, generalmente, “androcéntrico” (esto es, pensado para un “modelo” masculino), el Dº del Trabajo se creó pensando en un trabajador-hombre, del sector industrial, a jornada completa y responsable del sostén económico familiar; este “modelo” define los derechos laborales(respondiendo a las necesidades y aspiraciones del trabajador-varón) y la organización del trabajo(que no precisa medidas de conciliación, porque no se le considera responsable de las tareas domésticas y de cuidado). De ahí que, cuando por el impulso del feminismo liberal, se reconoció la igualdad formal entre hombres y mujeres ante la ley, partiéndose de que “igualdad” era una equivalencia en todo lo no relacionado con la reproducción, dictándose normas específicas sólo para tal diferencia biológica, la discriminación de la mujer trabajadora persistió. Como norma de “excepción”, era, lógicamente, restrictiva en su regulación y de interpretación estricta; pero, al tiempo, seguía jugando un efecto boomerang contra las mujeres, al verse por los empresarios como “una carga”.

Muy singularmente tributaria de las Teorías feministas (sobre todo de la teoría feminista del Derecho), surge la tesis de un nuevo modelo o Contrato Social; porque el anterior, basado en una familia para toda la vida, con un cabeza de familia que administra el patrimonio, trae el salario a casa y representa a toda la familia, en tanto la mujer se ocupa de las tareas de reproducción y socialización, tenía como sustento esencial que la mujer no tenía derechos y era representada por su marido, que ejercía sobre ella su autoridad e incluso su “potestad correctiva”. Cuando se altera este último presupuesto ,cuando-además- el concepto de familia deja de ser unívoco (familias monoparentales ,parejas del mismo sexo ,familias de divorciados con hijos de parejas anteriores),cuando la mujer “irrumpe” en el mundo laboral como espacio propio (antes llegaba por necesidad familiar o social o por algún infortunio), el modelo se resquebraja ,y deja de cumplir su función: pero, como seguimos viendo, las que pagan los ajustes son las mujeres-pues no salen del espacio sociofamiliar- ,que o bien se

encuentran doblemente socializadas(asumen las obligaciones familiares sin dejar de ser responsables de las socio-familiares) ,o bien se ven obligadas a renunciar a su derecho a la maternidad o ,en fin ,son discriminadas(menor salario, menor categoría)porque sigue siendo vista como trabajadora accidental(“ya volverá a casa cuando tenga hijos”) o subsidiaria aportadora de rentas a la familia.

Un nuevo modelo social, en dónde participen hombres y mujeres en términos de igualdad, debe comenzar por aceptar el papel subordinado de la mujer y su asunción de las cargas familiares, porque no puede conseguirse un resultado igualitario con leyes “neutras”, que olviden la desigualdad de situaciones de partida, y no se encamine a modificar tal sociedad desigual. El nuevo modelo debe conseguir la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, lo que implica que, al margen del hecho biológico del embarazo y el parto, no existen diferencias que justifiquen la asunción de las cargas familiares tan sólo por las mujeres. Ello obliga a reconstruir los derechos de maternidad, y a construir los derechos de conciliación-en esa afortunada expresión de Teresa Pérez del Río-, aunque no miméticamente con los de maternidad. Mientras los derechos de maternidad deben garantizar la libertad de ser madre sin sufrir perjuicios en la vida laboral, si los derechos de conciliación se limitan a ser derechos de libertad, su aplicación práctica, debido a los estereotipos, degeneraría en una nueva vuelta al hogar de las trabajadoras .Por ello, es necesario el reparto de las responsabilidades familiares y las tareas domesticas; los derechos de conciliación deben corresponsabilizar a ambos, y no regularse o contemplarse como una concesión de mayores derechos a las mujeres. En tanto que , si la maternidad es un hecho biológico, que puede afectar a la mitad de la población, no puede regularse como legislación excepcional protectora( de interpretación restrictiva ,consecuentemente con su carácter de “excepción”), sino como una situación ordinaria posible, de interés social que se ampare con derechos, cuyo ejercicio nunca perjudique a la mujer trabajadora –que en tal situación nunca puede ser comparada con el hombre como “tertium comparationis”) -, y cuyas cargas sean asumidas por el Estado ,en una estrategia socializadora :si está en juego el principio de Igualdad ,las responsabilidades familiares deben dejar de verse como algo privado ,y ser elevadas a la categoría de cuestión pública.

El embarazo y el parto no son estados patológicos, aún cuando ciertamente hay aspectos de la regulación legal vinculados a las particularidades físicas de la embarazo o la madre lactante(descanso obligatorio de las 6 semanas posparto, riesgo por embarazo o por lactancia ) ,pero más allá de la normativa de prevención de riesgos, tal vinculación se difumina ,y hoy la suspensión del contrato por maternidad y su protección está mucho más ligada al cuidado del hijo(biológico ,adoptivo o acogido) y a facilitar el contacto de éste con sus padres ,utilizándose como un instrumento de consecución de la igualdad de oportunidades y de resultados entre mujeres y hombres ,al

fomentar (aún no plenamente en ocasiones, y la LOI 3/07 sólo revisa algunos de los supuestos más relevantes) la corresponsabilidad. Por otra parte, en esa necesidad de que la maternidad no se vea como “una carga” por el empresario, y sus costes se asuman en razón de su trascendencia social, las prestaciones (tanto de maternidad-paternidad, como de riesgo por embarazo y lactancia equiparadas éstas a las de riesgo profesional), son, tras la reforma de la LGSS por la LO 3/07, asumidas por el INSS y se bonifican las cotizaciones de los/as trabajadoras contratadas para su sustitución, incluyendo a la trabajadora por cuenta propia.

Con todo, el derecho de la mujer a la maternidad, para su pleno ejercicio, precisa de unas garantías de protección o exención de cualquier perjuicio derivado de su ejercicio, lo que nos lleva al tema central de la Ponencia. Sin ser excesivamente complacientes en lo que aportan las mejoras legislativas, sí podemos afirmar que la LO 3/07 nos permite una mayor protección frente a la discriminación directa e indirecta de la mujer que desea ser madre, en los dos instrumentos que usualmente la configuran: la tutela antidiscriminatoria y la prohibición de despido.

## **II. La normativa internacional: de la prohibición de despido a la prohibición de discriminación.**

La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas surge históricamente en la etapa paternalista (a finales del Siglo XIX y a principios del XX), constituyendo una institución clásica del Derecho del Trabajo; aparece definida en el artículo 4 del convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo (1919), relativo al empleo de la mujeres antes y después del parto:

*“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) de este Convenio (la licencia de maternidad durante 6 semanas), 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 número 103 de la OIT (1952), relativo a la protección de la maternidad, que revisa el anterior, contempla, en su artículo 6, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en términos semejantes, aunque se amplía a 12 semanas la duración de la licencia de maternidad.

Paralelamente al Convenio 103 de la OIT se aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones:

- a) En cuando al período objeto de protección, *“debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de (la) mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 (del) convenio (103)”*.
- b) En cuanto a las posibles excepciones, *“motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”*.
- c) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reincorporación de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”*.

En la comparación de ambos instrumentos, podemos apreciar una clara evolución: en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era explícitamente proteccionista, se trataba de evitar perjuicios para la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero, en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un cariz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar, al menos de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay ya un atisbo, aún no reconocido de tanto peso específico, de tutela frente a la discriminación por motivo del embarazo.

A partir de entonces, era solo cuestión de tiempo la explicitación de que la maternidad era una causa esencial de la discriminación de la mujer en el trabajo y de la necesidad de tutela frente a la discriminación por embarazo , y, cuando surge, lo hace de la mano de la prohibición de despido y de la garantía de reingreso, en el artículo 8.1 de la Declaración de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975): *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Cuando se aprueba el Convenio número 183 de la OIT (2000), la situación en la comunidad internacional es ya muy diferente: la discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexista directa, se encuentra reconocida en numerosos países, sobre todo en la Unión europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido (artículo 8), se regula la discriminación por embarazo (artículo 9), institución de mayor alcance –porque no sólo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso al acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora –porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido *“(de) una mujer que esté embarazada, o durante la licencia... o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”*, añadiendo asimismo que *“la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”*.

También se garantiza, en su apartado 2, a la mujer trabajadora *“el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad”*.

Por su parte, el artículo 9 establece que *“todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”*, incluyendo *“la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”*, aunque con la excepción de *“cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que (a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o (b) puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”*.

### III. El Derecho Comunitario

#### a) La discriminación por embarazo en la jurisprudencia del TJCE.

El principio de igualdad entre mujeres y hombres en el Tratado de Roma (art.119) tenía un fundamento estrictamente económico ,de evitación del “dumping social”,por lo que se ceñía a la igualdad retributiva .Hasta el art.141 del Tratado de Ámsterdam que ya se refiere al principio de no discriminación por razón de sexo, en todas las condiciones y sus variantes ,va a ser el derecho derivado ,a impulsos de la jurisprudencia del TJCE el que desborde aquel estrecho margen inicial .La discriminación por embarazo ,como discriminación sexista directa –y por lo tanto ,únicamente excepcionable por la “buena fe ocupacional”-es creación jurisprudencial que luego se recogerá por las Directivas ,y su conocimiento resulta indispensable (dada su directa aplicación por nuestros Tribunales),para conseguir una adecuada tutela.

Debe ante todo destacarse, la Sentencia de 8.11.1990- Caso Dekker, ya que es una decisión crucial. La Sra. Dekker presentó su candidatura a un puesto de trabajo de un empleador público y comunicó a posteriori su embarazo al tribunal examinador, que la consideró la candidata más apta, pero no fue contratada, ya que, por tener que ser, en su momento, dada de baja, se debería contratar a un trabajador sustituto, lo que le sería imposible afrontar al empleador, en términos económicos. En su lugar, se contrató otra trabajadora. Pues bien, el Tribunal consideró la existencia de discriminación sexista directa, afirmando, en primer lugar, que dicha discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario para contratar a una mujer embarazada durante su período de licencia de maternidad, y, en segundo lugar, que no se modificaba la respuesta por haber contratado, en el lugar de la trabajadora embarazada, a otra trabajadora, esto es a otra persona de su mismo sexo.

El Caso Dekker resulta crucial como señalaba porque, por vez primera, aplica al embarazo un test de detección de la discriminación, conocido como “*but for*”, consistente en cambiar, en una situación dada, el sexo del sujeto, para verificar si las consecuencias jurídicas son o no las mismas. Dicho test resulta esencial precisamente, en supuestos como el del embarazo, donde no hay un “*tertium comparationis*”. Aplicado el test, el resultado es la existencia de discriminación directa: si el trabajador no contratado fuese un hombre, no estaría embarazado lógicamente y, por lo tanto por su aptitud, hubiera sido contratado.

En la Sentencia de 5.5.1994, Caso Haberman-Beltermann, el supuesto que se planteaba, era la existencia en la legislación alemana, de una prohibición de trabajo nocturno aplicable a las trabajadoras embarazadas. El TJCE declara opuesto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que *“un contrato de trabajo, de duración indeterminada, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos dicho embarazo, sea, por una parte, declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno que se aplica, conforme al derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna, y, por otra, impugnado por el empresario debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato”*.

La Sentencia de 14.7.1994- Caso Webb, también resulta interesante: la Sra. Webb, aunque había sido contratada con carácter indefinido, lo había sido para que, inicialmente, sustituyese a otra trabajadora en licencia de maternidad. Aún así, el Tribunal de Justicia declaró como opuesto al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres *“(el) despido de una trabajadora que ha sido contratada por tiempo indefinido con el objeto de sustituir, en un primer momento, a otra trabajadora durante el permiso de maternidad de esta última y que no puede llevar a cabo dicha sustitución porque poco después de su contratación se encuentra embarazada”*.

Como quiera que en estas dos sentencias se insistía en el carácter indefinido de los contratos de trabajo a los cuales se aplicaba la prohibición de discriminación por embarazo, surgió la preocupación doctrinal de si tal prohibición habría de ignorarse en supuestos de terminación de contratos de duración determinada .Las dudas se disiparon con la Sentencia de 4.10.2001- Caso Tele Danmark ,en la que tajantemente se afirma que la igualdad de trato se opone *“al despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando esta última fue contratada por un período determinado, no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo, y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato”*.

La Sentencia de 30.6.1998, Caso Brown, declara opuesto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres *“el despido de una trabajadora en cualquier momento en el curso de su embarazo en razón de ausencias debidas a una incapacidad de trabajo causada por una enfermedad que encuentra su origen en ese embarazo”, aclarando que, “a estos efectos... una cláusula contractual que permita al empleador despedir a los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia, no tiene trascendencia”*.

Pero la aplicación del test “but for” en supuestos de discriminación por embarazo, se aplica también a otras condiciones de trabajo.

Así la Sentencia de 27.2.2003- Caso Busch, contempla el caso de una enfermera, la Sra. Busch, que, disfrutando de un permiso parental, conviene con la empresa una reincorporación anticipada, comunicándole su embarazo después de su reingreso .Ni siquiera el Tribunal parece dudar que la intención de la trabajadora al acortar su permiso parental, era posibilitar su acceso a una licencia de maternidad, y correspondiente subsidio. Por lo demás, algunas de sus funciones laborales se verían imposibilitadas por causa del embarazo. Aplicando de manera firme su doctrina, el Tribunal de Justicia, después de razonar que *“(si) 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”*, acaba concluyendo tanto la imposibilidad de impugnar la empresa su consentimiento al reingreso anticipado argumentando prohibiciones legales de trabajo, como alegando la ocultación del embarazo.

En la Sentencia de 30.3.2004, Caso Alabaster, el Tribunal de Justicia profundizó en la doctrina del Caso Gillespie-(STJCE 13.2.1996), decidiendo que *“cuando la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento de salario que se produzca entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo del importe de dicha retribución”, una exigencia que “no se limita únicamente al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente al período cubierto por el salario de referencia”*. Es cierto que en nuestro país no se percibe “retribución” con cargo a un empresario ,sino un subsidio de Seguridad Social ,que paga directamente la Entidad Gestora del 100% de la base reguladora ,pero su posterior revisión por incrementos del Convenio sigue sin estar prevista ,en lo que resulta un claro perjuicio para la trabajadora ,por lo que algún día habrá de caer con la lógica del sentido común (así lo hace ,por ejemplo ,la reciente STSj Cataluña de 15-I-98,en supuesto de nueva categoría profesional de la trabajadora, en reclasificación hecha durante la baja por maternidad).

En la Sentencia de 18.3.2004, Caso Merino Gómez, se ha contestado una cuestión prejudicial de interpretación planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid. Como trasfondo de la cuestión se encuentra la doctrina sentada en la Sentencia de 30.11.1995, RJ 1995 8771, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que consentía la consunción de las vacaciones de la trabajadora establecidas en un acuerdo colectivo de disfrute cuando se simultaneaban con la licencia de maternidad. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha contestado 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".* El Caso Merino Gómez determinó, como consecuencia inmediata, el abandono de la anterior jurisprudencia, como señaló la STS de 10.11.2005- RJ 2005 10084, y la misma solución expresamente se ha recogido en la LO 3/07, de forma amplia añadiendo un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 38 del ET (como sabemos, regulador del derecho a vacaciones anuales), en los siguientes términos: "Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley (esto es, descanso por maternidad), se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan."

En la Sentencia de 16.2.2006, Caso Sarkatzis Herrero, mientras la trabajadora prestaba servicios para el INSALUD, éste convocó pruebas de acceso a la plantilla de personal fijo. La Sra. Sarkatzis superó dichas pruebas y fue nombrada para ocupar una plaza de auxiliar administrativo y se le asignó un destino del que debía tomar posesión en el plazo de un mes. La demandante, que en ese momento disfrutaba de un permiso de maternidad, solicitó una prórroga del plazo para su toma de posesión hasta el fin de dicho permiso, solicitando al mismo tiempo que éste se tuviese en cuenta a efectos del cómputo de su antigüedad. Si bien se le prorrogó el plazo, nada se decidió sobre la antigüedad. La Sra. Sarkatzis interpuso una demanda contra el IMSALUD ante el Juzgado de lo Social núm.30 de Madrid, solicitando que su antigüedad como funcionaria se calculase a partir de la fecha de su nombramiento y no a partir de la fecha de su toma de posesión efectiva al término de su permiso de maternidad. El 20 de noviembre de 2003 el Juzgado de lo Social núm.30 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE las correspondientes cuestiones prejudiciales. La sentencia señala que «la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada, no puede tener como consecuencia un trato desfavorable en cuanto al acceso al empleo de ésta». En consecuencia, considera que la Directiva 76/207/CEE, se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo proceso de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

Por último, y volviendo a la protección contra el despido, quisiera comentar una interesantísima y reciente resolución; el supuesto de hecho de la STJCE de 26 de febrero de 2008 (Caso Mayr) sustancialmente es el siguiente:

Una trabajadora austriaca (la Sra. Mayr) que venía prestando servicios como camarera desde el 3 de enero de 2005 recibió la comunicación de su despido el 10 de marzo de 2005, con efectos a partir del día 26 de dicho mes. Ese mismo día 10, la trabajadora había comunicado por escrito a su empleador que estaba siendo sometida a un tratamiento de fecundación artificial y que la transferencia de los óvulos fecundados a su útero estaba programada para el 13 de marzo, lo que finalmente llegó a producirse. La trabajadora consideró que se trataba de un despido nulo, debido a que desde el 8 de marzo de 2005, fecha en la que se efectuó la fecundación in vitro de sus óvulos, estaba amparada por la protección contra el despido durante el embarazo prevista en la Ley austriaca de protección de la maternidad. El empresario, por su parte, considera que no se ha producido un despido nulo por entender que en el momento en que se notificó el despido a la trabajadora, todavía no se había producido el embarazo.

Mediante la cuestión prejudicial, el órgano judicial austriaco plantea, en esencia, si la Directiva 92/85/CEE del Consejo, y en particular la prohibición de despido de la trabajadora embarazada establecida en el artículo 10.1 de la citada norma, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una trabajadora que se somete a un tratamiento de fecundación in vitro cuando, en el momento que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de esta mujer.

El Tribunal, en lo que nos interesa, considera que «por razones de la observancia del principio de la seguridad jurídica» no cabe admitir que la citada protección establecida en dicho precepto «se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados in vitro a su útero». Argumenta dicha conclusión afirmando que «antes de ser transferidos al útero de la mujer de que se trate, dichos óvulos, en determinados Estados miembros, pueden conservarse durante un plazo más o menos largo y, en el caso de la normativa nacional considerada en el asunto principal, la posibilidad de conservar los óvulos fecundados se extiende hasta un período máximo de diez años. Por consiguiente, la aplicación de la protección contra el despido establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 a una trabajadora antes de la transferencia de los óvulos fecundados podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación in vitro como mera medida de precaución». Evidentemente, con tal interpretación

restrictiva se pretende evitar supuestos en los que una trabajadora pudiera disfrutar de un “ blindaje” ante un eventual despido tan solo con el inicio de un tratamiento de fecundación in vitro ,aún sin intención de que a corto plazo se intente un embarazo.

Pero el Tribunal no se para ahí ,sino que va más allá de lo planteado, retomando su doctrina sobre el test “but for” de discriminación ,y concluye que la punción funicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esa punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres,(un hombre nunca podría ser”fecundado” ,y por ello despedido), de lo que se sigue «que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo» . En definitiva, si bien el Tribunal de Justicia niega a la trabajadora sometida a tratamiento de fecundación la protección por embarazo derivada de la Directiva 92/85 (ya que hasta que no se introduce el óvulo fecundado en el útero no se produce el embarazo), termina otorgando la tutela que precisa al amparo de lo dispuesto en la Directiva 76/207, por estar el despido presumiblemente fundamentado en una causa que sólo puede afectar a las mujeres, y por ende, implicar una discriminación directa por razón de sexo.

#### **b) Las Directivas Comunitarias y la discriminación por maternidad**

La Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, recogió la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, “considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”, y, atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que, “como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el fundamento, en su artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8 salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas

necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las *legislaciones y/o prácticas nacionales*”, y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las *legislaciones y/o prácticas nacionales*, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”, se pone de relieve el mayor problema de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección, “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, levantando críticas muy fundadas, sobre todo en países como el nuestro en que ninguna norma establece tal comunicación, ni difícilmente podría establecerla un Convenio colectivo, por afectar al derecho a la intimidad; ello ha dado pie, como luego veremos, a una importante quiebra jurisprudencial en nuestro país.

En el artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece (1) que “la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”, y (2) que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el propio considerando 12ª de la citada Directiva.

#### **IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación por causa del embarazo o maternidad.**

Nuestra jurisprudencia constitucional en materia de discriminación por embarazo y maternidad, ya con anterioridad al comienzo de la jurisprudencia europea, la había considerado como discriminación sexista directa, y así se mantuvo, avanzando a veces con dificultades, incorporando rápidamente

también las novedades comunitarias .Destacaremos algunos de sus hitos esenciales, a través de ciertas emblemáticas resoluciones.

a) En cuanto a la **extinción durante el periodo de prueba** , la Sentencia 94/1984, de 16 de octubre, aún no otorgando el amparo, avanza ya *“que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la CE”*. El paso decisivo lo da en la Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre ,pues lo fundamenta no en el principio de igualdad, sino en la prohibición de discriminación por razón de sexo, sino porque por primera vez aplica la doctrina de “Flexibilización de la carga de la prueba” fuera del supuesto de la libertad sindical –donde había surgido-y otorga el amparo.

b) En lo que se refiere a **la no renovación de contratos temporales por embarazo**, la Sentencia 173/1994, de 7 de junio, da un paso más en la construcción de la discriminación por embarazo como una discriminación por razón de sexo, afirmando que *“la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende esos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan en el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”*.

La jurisdicción ordinaria admitió que la decisión empresarial se fundamentó en el embarazo de la trabajadora, pero entendió inaplicable la categoría del despido, y, en consecuencia, de su nulidad, a la no renovación de un contrato temporal, aún mediando el motivo de embarazo de la trabajadora, argumentándose a ese respecto que , *“al no existir relación laboral ni, por consiguiente, despido ... mal puede ser éste calificado como nulo por discriminatorio”*. Argumento que, se rechaza por el Tribunal Constitucional, de forma tajante: *“ 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 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 obstaba a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la CE, y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación”*.

c) En otro frente también conocido, el referido a **la discriminación a causa de una enfermedad vinculada al embarazo** ,es de resaltar la Sentencia 136/1996, de 23 de julio, (conocido como el Caso Tocino); se trataba de examinar si era discriminatorio por razón de sexo un despido de carácter

disciplinario a consecuencia de inasistencias al trabajo no justificadas y ocasionadas por la existencia de una incapacidad temporal a causa de un embarazo de riesgo. En este caso, el TC aplica por una parte la prohibición de despido derivada de la normativa de la OIT, que incluye las enfermedades relacionadas con el embarazo, y la prohibición de discriminación, al partir de que el embarazo era conocido y es indicio no destruido que era la causa que dio lugar al despido. Esa mezcla de ambas instituciones ciertamente dio lugar al amparo, en solución que comparto, pero conlleva una cierta confusión teórica, entre la “defensa objetiva” y la “subjetiva”, muy relacionada con la discutida doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de despido, que como ya adelanté, luego veremos.

d) **En relación la cuidado de los hijos**, la STC 240/1999, de 20 de octubre, abordó un supuesto de discriminación sexista indirecta en las condiciones de trabajo y, en concreto, en el derecho de acceso a la excedencia para el cuidado de hijos, que se denegaba a los funcionarios públicos interinos, afirmando la existencia de discriminación sexista indirecta porque, valorando tanto los datos estadísticos como la realidad social imperante, las mujeres son quienes la usan habitualmente.

e) **Discriminación y riesgo por embarazo** es el supuesto analizado en la Sentencia 161/2004, de 4 de octubre; se aborda el caso de una piloto de líneas aéreas que, a consecuencia de una amenaza de aborto, pasa a incapacidad temporal y, unos días después, se la somete a un examen médico oficial calificándola de no apta circunstancial, con revisión en un año. Apenas un mes después se reincorpora de la incapacidad temporal y, a la vista del referido examen, la empresa le suspende el contrato de trabajo, haciendo constar la ausencia de vacante en un puesto de trabajo diferente al de piloto. No obstante, se consideran hechos probados que la titulación de la trabajadora la habilitaba para ser instructora en tierra, que había nuevos pilotos que debían instruirse y que todos los instructores de la empresa ostentaban una menor antigüedad. De ahí se deduce por el TC la falta de justificación de la decisión de la empresa, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debió evaluar los riesgos derivados del embarazo y, en su caso, ofrecer un puesto de trabajo sin riesgo alguno.

f) Un interesante supuesto de **Acoso por maternidad** se analiza en la Sentencia 182/2005, de 4 de julio; el Juzgado nº 33 de Madrid entendió que había una conducta empresarial discriminatoria al degradarse las condiciones de trabajo de la actora, debido a sus sucesivas maternidades, sentencia que fue revocada por el TSJ de Madrid. El Tribunal Constitucional, partiendo de los mismos hechos declarados probados, y que reproduce expresamente en la argumentación jurídica, alcanza la solución de discriminación sexista, resultándole evidente porque *“no se trata ... de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los*

*fundamentó (la triple maternidad)".Aplicando la prohibición de discriminación a otras condiciones de trabajo ,diferentes al despido ,afirma que "no puede mantenerse, como hace la resolución recurrida, que no exista discriminación por el hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral", ya que "de aceptarse lo contrario, quedaría al margen de la tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (en este caso, la continuidad y el desarrollo ordinario de la propia carrera profesional, en conciliación con la libre decisión de maternidad)".*

**g) Coincidencia del periodo vacacional y suspensión por maternidad** es el supuesto analizado en la STC 324/2006, de 20 de noviembre ,que revoca la sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Contencioso (se trataba de funcionaria municipal),y que aún aludiendo a la STJCE Merino Gómez, es mucho más explícita que ésta ,al señalar que *"El carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a las vacaciones –e incluso su pérdida-en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente. La enfermedad es una contingencia fortuita con determinadas implicaciones desde el punto de vista de los derechos del trabajador, pero en modo alguno se trata de un valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico, como es la maternidad, tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que acarrea para la igualdad de oportunidades laborales de la mujer."*

## **V. La normativa española y las aportaciones de la LO 3/07**

El ET prohíbe la discriminación por sexo en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, y reglas comunes a hombres y mujeres, para fijar las retribuciones, la clasificación profesional o los ascensos. Sin embargo ,la jurisprudencia no sólo ha tenido que ver supuestos de discriminación en el trabajo en tales aspectos ,sino también en otros ligados al embarazo-maternidad, como el dº a la retribución íntegra en permisos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (Art.37.3 ET y 26.5 LPRL) o de mantenimiento de los complementos salariales en cambio de puesto de trabajo por riesgo de embarazo (en clara aplicación del test But for), o el reconocimiento a las trabajadoras a tiempo parcial del permiso de lactancia completo (para evitar una discriminación indirecta).

En cuanto a la protección contra el despido, por imperativo de la doctrina constitucional que consideraba radicalmente nulos todos los despidos con violación de derechos fundamentales,

declaraba ya el art.55.5 ET que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución...”.

Con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se introdujeron, paralelamente en las normas materiales y en las procesales, dos nuevos supuestos de nulidad del despido, tanto el objetivo –artículos 53.4 del TE y 122.2 de la LPL-, como el disciplinario –artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL-: (1) *“(la decisión extintiva o el despido, según sea despido objetivo o disciplinario) de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período”* –letra a)-, y (2) *“(la decisión extintiva o el despido, según sea despido objetivo o disciplinario) de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a)...”* –letra b)-. *“Lo establecido... será de aplicación, salvo que... se declare la procedencia de (la decisión extintiva o el despido, según los casos) por motivos no relacionados con el embarazo”*.

Por primera vez se introduce una nueva causa de nulidad del despido, distinta de la inconstitucional o discriminatoria: la tutela “situacional”, que protege las situaciones vinculadas al embarazo, mater/paternidad y disfrute (o solicitud) de los derechos y licencias vinculados a los mismos.

Para la mayoría de la doctrina se instituía así una protección objetiva ,durante la totalidad del embarazo ,fuera o no comunicado al empresario (incluso sus detractores ,por considerarlo un “exceso de protección” que podía volverse en contra de las mujeres).En tales circunstancias ,la convulsión se produjo con la STS de 19 de Julio de 2006 ,que en una quiebra de la Sala (tiene voto particular en contra de 7 Magistrados) ,considera que se trata de un despido discriminatorio que se presume “iuris et de iure “ si el empleador conoce el embarazo ,en tanto el voto particular considera que “ , que la protección dada por el legislador español a la mujer embarazada frente a cualquier despido lo ha hecho, como antes se dijo, con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de aquella situación, y sobre la mera circunstancia de constatar la existencia de un embarazo en la fecha del despido, evitando con ello exigencias probatorias sobre el conocimiento empresarial de tal hecho, y tratando de conseguir que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con el derecho a mantener su puesto de trabajo. ”Aunque al menos en dos sentencias posteriores han seguido tal doctrina, no dejamos de esperar el cambio de tal criterio, (aún cuando solo fuera porque el voto mayoritario se conformó con Magistrados eméritos). Eso sí, la citada sentencia admite que en nuestro Derecho no es necesaria la comunicación del embarazo al

empresario. Ya el F. 6 STC 17/2003, indicaba lo siguiente: «En los hechos probados el juzgador no hace constar el conocimiento del embarazo por parte del empleador (...) 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 ... y cuando no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la trabajadora (art. 18.1 CE)». Luego la protección contra la discriminación ya estaba asegurada, si se acreditaba indiciariamente que el empresario conocía el embarazo (en otras sentencias, tal conocimiento lo deduce de saberlo compañeros de trabajo), sin necesidad de la protección objetiva del art. 55.5 ET.

El error del voto mayoritario, según estimo, es no entender que son dos regímenes tutelares totalmente distintos como acertadamente señala el voto particular: mientras la tutela anti-discriminatoria tiene por objeto apreciar y enmendar la discriminación, siendo su principal instrumento para ello la -mal llamada- inversión de la carga de la prueba, la tutela "parental" impone una protección automática en los despidos y extinciones acaecidos en las situaciones "protegidas", de tal manera que los mismos siempre serán nulos -como regla general- salvo que se acredite su procedencia (procedencia que, además, debe serlo "por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados", en clara referencia a posibles causas "procedentes" que pudieran integrar discriminación indirecta).

En contra de lo que razona el fallo mayoritario, este régimen tutelar no es una "modalidad específica de despido discriminatorio" que aligere la prueba indiciaria "reduciéndola" al conocimiento empresarial del embarazo (si es que ligera se pudiera considerar tan difícil prueba). Es un régimen tutelar distinto, que no persigue directamente la discriminación (para lo cual ya está el régimen anti-discriminatorio) sino que protege la maternidad y los derechos y situaciones conexos (aún en el bien entendido que son situaciones inveteradamente ligadas a la discriminación, que merecen desde el punto de vista social una protección específica, y en muchos de los casos afectan también a los padres usuarios de tales permisos parentales, pues en el camino de la corresponsabilidad aún tales conductas no están bien vistas en una sociedad patriarcal).

En estas situaciones "protegidas" debemos olvidarnos, por consiguiente, de toda la técnica probatoria relativa a los "indicios" por cuanto el objeto de la prueba queda reducido a acreditar la situación protegida: embarazo, adopción, disfrute del derecho o licencia o -muy importante- la mera solicitud del mismo. Ahí está la radicalidad de la protección de este régimen tutelar, ya que -como ejemplarmente advierte el voto particular- *"lo que pretende la norma es proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria dispensándola de la*

*carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo*". En otras palabras: hay que desvincular la prueba de la posible intencionalidad del empresario y, por consiguiente, de su conocimiento previo que -a efectos de este régimen tutelar- es irrelevante.

Quede claro, que en muchas ocasiones podrá postularse la aplicación de los dos regímenes tutelares: cuando el despido se produzca no solo **en la situación de embarazo** (que por sí sólo determina la nulidad objetiva "situacional"), sino -además- **por causa del embarazo** (nulidad por discriminación directa).

En tales casos la demandante podrá postular la declaración "automática" de nulidad del despido por la mera situación de embarazo, pero, además, a diferencia del analizado por la STS, si imputa al previo conocimiento empresarial del embarazo la causa real del despido, podrá postular la tutela antidiscriminatoria y, con ella, la "cuádruple tutela" establecida en el art. 180-LPL, incluida la indemnización resarcitoria de la lesión de derechos fundamentales (tutela que, en principio, no debiera darse en supuestos en los que no hay discriminación ni lesión de derechos fundamentales, sino la "simple y automática" declaración de nulidad derivada de la situación de embarazo).

Por lo demás, la tutela antidiscriminatoria será esencial tanto para supuestos de extinción de contratos temporales (en los que no juega la tutela "situacional"), como para todas aquellas discriminaciones en acceso al empleo u otras condiciones de trabajo.

La doctrina comentada tampoco se rectificó por la LO 3/07 (al fin y al cabo es una interpretación que va contra la literalidad de la norma, que no exige tal conocimiento previo empresarial), pero sin embargo, sí amplía el ámbito de prohibición del despido a los siguientes supuestos:

- a) Los periodos de riesgo durante la lactancia y por paternidad (citaciones introducidas por la propia LO)
- b) Los periodos de suspensión del contrato por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural (ello incluiría las bajas por aborto consecuencia de un previo embarazo)
- c) Quienes vengán disfrutando una excedencia por cuidados familiares (hasta entonces sólo se refería a quienes la hubiera "solicitado")

d) Quienes disfruten de permisos o reducción de jornada por parto prematuro o reducción de jornada

e) Pero en lo que entiendo más interesante: la garantía se extiende hasta los nueve meses posteriores al nacimiento (o adopción) del niño, para evitar que los empresarios esperen a que se agoten los periodos de suspensión para despedir (lo que se venía apreciando en la doctrina judicial), en el entendimiento que el paso del tiempo aleja la posibilidad de “represalias” por la maternidad. En este sentido, vuelve a advertirse una mezcla de las técnicas de protección, pero entiendo que ya con el objetivo claro de garantizar eficazmente el dº a la maternidad.

La LOI 3/2007, pretende asumir las tres funciones que debe cumplir toda norma antidiscriminatoria: una función preventiva mediante la definición normativa adecuada ,clara y comprensible de las conductas prohibidas, una función tutelar mediante el reforzamiento de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y del sistema sancionador ,y una función promocional,-de fomento de la paridad y remoción de los obstáculos- mediante la creación de una obligación para el sector público y de la incentivación en el sector privado.

El papel central que embarazo-maternidad ha tenido en el trato discriminatorio de género, se resalta en la definición que la LO establece del “principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

La discriminación por embarazo o maternidad, que es una discriminación directa encubierta (y es importante desde la función preventiva que así se defina normativamente), es un buen ejemplo para observar cómo la prohibición de discriminación, se transforma en un derecho a no ser discriminado. Si se afirma —art. 8 LOI— que *«constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad»*, debemos concluir que su prohibición no sería efectiva si los Poderes Públicos no se comprometiesen a garantizar el “coste cero” de la maternidad para la mujer trabajadora y para las empresas —que, si se viesan excesivamente gravadas, podrían optar por no contratar mujeres, produciéndose el indeseable *«efecto boomerang»*—. Por ello se explica que *«la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia»* constituya un criterio general de actuación de los Poderes Públicos —art. 14 LOI—.

La Ley, por otra parte ,camina hacia la corresponsabilidad para evitar que la carrera profesional de la madre quede hipotecada y exista una igualdad de oportunidades: así, se reconoce por primera vez en

nuestro Derecho la suspensión por paternidad como dº no cedible a la madre, se equipara la extensión de la suspensión por maternidad biológica y adoptiva, se produce una cierta desvinculación de la suspensión por maternidad biológica de la titularidad materna (a salvo las seis semanas de descanso obligatorio posparto) en beneficio del reconocimiento a favor del padre; se mejora la regulación del supuesto de fallecimiento de la madre con reconocimiento de toda la suspensión para el padre o el supuesto en que la madre no esté en condiciones de incorporarse al trabajo cuando cedió la titularidad en que, como era lógico, se la sitúa en IT, se tratan aspectos antes no regulados como el fallecimiento del hijo y correspondiente dº a mantener la suspensión; se reconoce el riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses como nuevo supuesto suspensivo; se facilita la obtención de la prestación, mediante la graduación de las carencias exigidas en función de la edad de la beneficiaria/o; se crea un subsidio por maternidad no contributivo para las trabajadoras que no tengan la cotización mínima (¿por qué no proteger a las paradas durante el descanso obligatorio ,salvo teniendo en cuenta el gasto?), se tiene por cotizado los periodos supuestos (112 días) de cotización por cada hijo que una mujer tuvo mientras no cotizaba (lagunas desgraciadamente tan habituales en la carrera de seguro de las mujeres, que dificultan el acceso a la jubilación)...Y sin embargo, nos queda cierto regusto sexista, ya que todavía parece mantenerse la idea de la predestinación de roles (el que la “cesión” del dº a la suspensión más allá de las 6 semanas sea decisión de la mujer, como “titular, lo que se advierte incluso en el lenguaje en relación con este tema ,que no consigue ser neutro. Y ello pese a que el art.40.1 afirma que “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación en su ejercicio”.

Una de las novedades de la Ley es la posibilidad de disfrute de las licencias de maternidad/paternidad a tiempo parcial (alargándola en el tiempo o en el caso de la primera también simultaneándola ambos progenitores); conexo con tal posibilidad que “en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos establecidos en el párrafo décimo del art. 48.4 y en el art. 48 bis...el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en la Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada”. Si cualquier perjuicio por tal disfrute, a tiempo parcial, sería una traba a su libre ejercicio, se atiende así a una situación que había sido discutida, aunque llegándose a la misma solución, por la jurisprudencia.

También soluciona otra cuestión muy debatida, la referente al cálculo de la base reguladora de Desempleo de trabajadora que cesa en reducción de jornada por cuidado de hijo; si bien en un primer momento (STS 6-4-04-RJ 2004/5909) se entendió que había que atender a las superiores bases, del periodo anterior a la reducción de jornada, más tarde rectificó tal criterio, para atender a las base

reducidas, haciendo una interpretación literal del art.211.1 LGSS, cuya reforma correspondería al legislador (STS de 2-XI-04 –RJ 7782/04; 4-XI-04-RJ 2005/1055;21-2-05-RJ 2005/2756 y 14-3-05-RJ2005/3552). Aunque la solución fue muy criticada, al entenderse que estábamos ante una discriminación indirecta (en tanto es situación que estadísticamente afecta mucho más a mujeres que a hombres) fue confirmada por la STC de 27-X-07. La LO 3/07 añade un ap.5 al art.211. LGSS, a fin de que en tales casos se calcule sobre el 100% de lo que le correspondería si no hubiera reducido la jornada.

Los permisos y beneficios de protección a la maternidad y los de conciliación de vida familiar y laboral se extienden al empleo público, entre otros el permiso de paternidad, la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia. El cómputo de periodos, a efectos de valoración del trabajo realizado y de los méritos incluirá los tiempos en los que los candidatos hayan estado en alguno de los supuestos de atención a familiares dependientes.

De interés resulta asimismo la prohibición en el ámbito del Contrato de seguro (art.70 y 71 LOI) de indagar sobre un posible embarazo o de trasladar los costes del embarazo a las primas o a las prestaciones.

## **VI. Hacia una nueva tutela antidiscriminatoria**

Pero quizás el rasgo esencial de la LO 3/07 es que asume que la tutela antidiscriminatoria tradicional, esto es aquella que se ocupa de sancionar o reparar a posteriori los actos discriminatorios, resulta no sólo muy dura para las víctimas, sino sobre todo insuficiente para luchar contra una discriminación tan enraizada en la sociedad como es la de género, y no impide que tales actos se repitan una y otra vez, bajo diferentes máscaras :se trata de conseguir la Igualdad no solo en el punto de partida (igualdad de oportunidades) sino en el de llegada (igualdad de resultados), y para ello es necesario prevenir e informar.

Por el principio de prevención, la Directiva de 5 de julio de 2006, impuso la necesidad de desarrollar en los países miembros a través de la legislación, la negociación colectiva y las prácticas nacionales políticas orientadas para prevenir la discriminación por razón de género en el acceso al empleo, la formación y la promoción, precisamente porque son claras desventajas contra las que las mujeres- por el hecho de serlo y por una hipotética o real maternidad- han de luchar. Dos son así, los

instrumentos de esta nueva tutela que desarrolla la Ley: las acciones positivas y la igualdad negociada. Y ello enmarcado en el principio de transversalidad que se reconoce expresamente que afecta a todos los ámbitos de actuación de los Poderes públicos.

Es mayoritariamente compartida la concepción de la acción positiva como el conjunto de medidas que tienen por finalidad garantizar la igualdad efectiva, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres, y corrigiendo situaciones de victimación tradicionales (medidas que nuestro TC denomina “derecho desigual igualatorio”). Una de las causas esenciales de su relativa ineficacia para la tutela antidiscriminatoria en nuestro país es su inadecuada, por no decir inexistente, plasmación normativa, partiéndose de la jurisprudencia del TC que ,sustancialmente exige: constatación de la existencia de una *situación de desigualdad* que debe ser eliminada, *temporalidad* de la eficacia de la medida hasta conseguir la eliminación de la situación de discriminación detectada, *razonabilidad*, *proporcionalidad* y *adecuación* de las medidas en la consecución de ese objetivo (STC. 229/1992, 109/1993, 269/1994).

Pues bien, el Art.11 de la LOI establece la obligatoriedad de su adopción por parte de los poderes públicos (derivada del Art.9.2 CE) ,y afirma la posibilidad de que las personas físicas y jurídicas privadas adopten también medidas de acción positiva, adopción que posteriormente incentiva e incluso obliga a negociar en el ámbito social. Su definición se adecua perfectamente a las reglas de la jurisprudencia constitucional a las que antes aludimos, y desde luego la contenida en el Art.141.4 del TCE.

En nuestro ordenamiento, la negociación colectiva tiene un papel esencial en la consecución de la igualdad de mujeres y hombres; no solo por su carácter normativo, situándolo el art.3 b) ET en el segundo grupo de fuentes de la relación laboral ,sino porque precisamente a la negociación colectiva se atribuye por el legislador ,la tarea de fijar la estructura salarial (art.26.3 ET), el sistema de clasificación profesional (art.22.1 ET), los ascensos (art.24.1 ET) y el ejercicio de los permisos de formación para la promoción profesional (art.23.2 ET), pudiendo además acoger reglas o cuotas sobre contratación, distribución del tiempo de trabajo a efectos de conciliación, acumulación de las licencias de lactancia, etc. : elementos todos ellos esenciales en la erradicación de la discriminación por género, y con facetas singularmente aplicables al embarazo-maternidad, sobre todo para que los apartamientos temporales de la carrera profesional no supongan una desventaja).

En la realidad ,no digo nada nuevo al afirmar que los convenios colectivos, en lugar de convertirse en instrumento eficaz de tutela antidiscriminatoria, han constituido una de las mas notables fuentes de discriminación retributiva (así lo aprecian las SSTC 145/1991, 58/1994 y 147/1995 ); y es paradigmático ,porque si un Derecho se fundó sobre la idea de la búsqueda de la igualdad, fue el

Derecho del Trabajo; lo que ocurre es que el “interés colectivo” a defender sigue conformándose tomando como modelo al trabajador tipo –masculino- y sus valores e intereses, y para constatarlo basta con ver el pobre panorama que se deriva de la negociación colectiva, sectorial y de empresa, en materia de regulación de la igualdad y de la conciliación familiar. Los Convenios, en buena parte, han mantenido por inercia la estructura clasificatoria de las Ordenanzas de Trabajo, propias de un sistema mayoritariamente (por no decir hegemónicamente) masculino; siguen primando factores de valoración de puesto de trabajo propios del fordismo en estructuras laborales postfordistas, y en lo que es un desgraciado rasgo de muchas de nuestras empresas, valoran más la cantidad que la calidad en el trabajo; con cierta asiduidad contempla categorías profesionales en femenino, y asigna niveles salariales inferiores a categorías o puestos tradicionalmente ocupados por mujeres; generalmente sobrevaloran las titulaciones formales regladas usualmente masculinas (albañilería, electricidad), e infravaloran los conocimientos informales adquiridos en la propia realización de la tarea o en su vida personal (planchado, costura); no contemplan la conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo; parten de que las mujeres se especializan en ocupaciones menos desagradables y que requieren una menor fuerza física, lo que justificaría sus menores salarios, olvidando no sólo que históricamente la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de legislación protectora de las mujeres en el ámbito laboral, impidiendo su participación en trabajos tipificados como peligrosos, restringió su acceso a la totalidad del mercado, sino que también hay que reconocer la presión ejercida contra aquellas trabajadoras que pretenden integrarse en este tipo de ocupaciones (suelen ser varones los que más objeciones presentan, alegando su incapacidad para ocupar esos puestos de trabajo o la existencia de derechos adquiridos sobre ocupaciones que siempre han sido “masculinas”; pero es que, además, su visión de la penosidad es “masculinamente” sesgada : por ejemplo, pocas cosas hay más penosas que limpiar retretes (labor de la que huyen los hombres, tanto en casa como a la hora de buscar trabajo) ,y tal penosidad nunca se reconoce al fijar la retribución de las limpiadoras.

Lo que pretende la Ley O.3/07 es una nueva conformación del “interés colectivo” que tenga en cuenta, a la hora de abordar la negociación de todos los contenidos del contrato, la perspectiva igualitaria: transversalidad de género, en fin. Por eso, señala en su Art.5 que “El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas...”.

A este objetivo dedica la LOI el Capítulo III en su integridad, mediante la creación del marco en que los interlocutores sociales han de moverse en sus relaciones negociales. En primer lugar y en su Art.

45.1 señala “1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”. Esa obligación debe impregnar todo el Convenio Colectivo, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones deba utilizarse un instrumento más complejo, cuales son los Planes de Igualdad, en cuyo asesoramiento e incentivación, en los supuestos no obligatorios) las Administraciones Públicas tienen un amplio campo.

La introducción de un nuevo apartado 4 en el art.17 del ET, nos da nuevos datos de cual puede ser el contenido de algunas de esas medidas; dice el nuevo párrafo:” Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.”

A este respecto, la Ley asume además como objetivo el reforzamiento del sistema de tutela antidiscriminatoria preventiva, mediante la introducción de un nuevo párrafo 6 en el Art.90 del ET ,en virtud de la cual se insiste de forma expresa en la obligación de las autoridades públicas encargadas del depósito y registro de los convenios colectivos de velar por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos y en la impugnación de aquellos que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo. Además el nuevo apartado recoge una serie de posibilidades de actuación por parte de la Administración pública con el objetivo de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad en materia de género por parte de los convenios colectivos: de un lado, establece la posibilidad de que la autoridad administrativa competente en el registro y depósito de convenios y por tanto en el control de legalidad, solicite asesoramiento en caso de duda a los organismos especializados en temas de género como el Instituto de la Mujer nacional o los correspondientes de las Comunidades Autónomas en su caso. De otro, en el caso de que dicha autoridad se haya dirigido de oficio a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo puede contener cláusulas discriminatorias, la Ley establece la obligación de comunicar tal hecho a estos organismos.

Por último, el principio de información recogido también en la norma comunitaria, entendido como el derecho de estar informado en el lugar de trabajo de todas las medidas que se van tomando orientadas a la consecución del principio de igualdad, se plasma con una reforma de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, y el papel especial en la transmisión de medidas adoptadas en materia de acoso sexual.

Creo que estos nuevos instrumentos resultan esenciales para conseguir que la mujer pueda, si lo desea y cuando lo desee, ejercer su derecho a ser madre. La Ley, como todas es mejorable, pero el camino hacia la Igualdad es largo, y el paso que acabamos de dar entiendo va a ser fundamental.