

Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht](#)

Patricia Nieto Rojas

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid*

1. Voluntad legislativa en la materia

Desde casi su creación, el interés comunitario en orden a la garantía de la igualdad de hombres y mujeres en el mercado de trabajo tiene en la protección contra el despido discriminatorio su manifestación más palmaria –sobre los contornos definitorios de esta tutela, de obligada consulta, Fernández López, M. F. (2005). [Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada](#). *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 79, 11-69–.

La tutela de la mujer embarazada, y la protección contra su despido injustificado, fue una medida incorporada en la [Directiva 92/85/CEE](#) del Consejo, 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, habiendo extendido su ámbito subjetivo en la [Directiva 96/34/CE](#), relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. El reconocimiento del permiso parental en la [Directiva 2010/18/UE](#) (actual [Directiva 2019/1158](#)) introdujo, como no podía ser de otro modo, la protección contra la discriminación de los hombres que han solicitado o tomado un permiso parental.

Cómo citar: Nieto Rojas, P. (2019). Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 158-165.

De otro lado, el artículo 33 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, y así:

[...] con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Que se explicita la protección contra el despido injustificado en una disposición distinta de la prevista en el artículo 30 de la [CDFUE](#), el cual señala que «todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales», pretende potenciar la protección de la mujer embarazada –Uskahoma, T. (2015). Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la Unión Europea. En L. Mella Méndez (Coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado* (pp. 453-477). Madrid: Delta Publicaciones Universitarias, p. 457-. O, dicho de otro modo, el artículo 33 contiene una aplicación más precisa de la protección por despido, toda vez que establece una causa específica que, necesariamente, deberá ser considerada injusta por el derecho de la Unión (y, consecuentemente, por los nacionales), que es toda aquella «relacionada con la maternidad».

Finalmente, los considerandos 23 y 32 de la [Directiva 2006/54](#) recuerdan que:

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo. Dicho trato debe por lo tanto figurar expresamente en la presente directiva.

Y que:

Dado el carácter fundamental del derecho a una tutela jurídica efectiva, conviene garantizar que los trabajadores continúen gozando de dicha protección incluso tras la extinción de la relación que haya dado lugar a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la directiva debe tener derecho a idéntica protección.

El problema es que las conductas discriminatorias se manifiestan, en la actualidad, de forma mucho más compleja –Muñoz Ruiz, A. B. (2011). La discriminación de segunda generación: la discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares. Comunicación al Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sevilla, 21 a 23

de septiembre de 2011, p. 2–, pues, evidentemente, tanto en Bélgica, país desde donde se eleva la cuestión prejudicial que da origen a la [sentencia aquí comentada](#), como en España, se establece una tutela antidiscriminatoria fuerte en relación con la no contratación de una mujer por razón del embarazo y, sin embargo, no es tan claro el alcance de la protección si quien se ve perjudicada es una persona distinta. En el supuesto de hecho, se despide a otra mujer que conminó a la empresa a reconsiderar su postura de no contratar a una candidata por el hecho de estar embarazada.

Para contextualizar la importancia de este pronunciamiento, conviene recordar que en el ordenamiento belga hay una legislación especialmente tuitiva, y, así, el apartado noveno del artículo 22 de la Ley para la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres, de 10 de mayo de 2007, precepto que fundamenta la cuestión prejudicial, estipula que:

La protección mencionada en el presente artículo [tendente a evitar cualquier discriminación por razón de embarazo] será igualmente aplicable a las personas que actúen en calidad de testigos al poner en conocimiento de la persona ante la que se presenta la reclamación mencionada en el apartado 3, en el marco de la investigación de dicha reclamación, mediante un documento firmado y fechado, los hechos que ellas mismas han visto u oído y que están relacionados con la situación que constituye el objeto de la reclamación, o bien al comparecer como testigos en un procedimiento judicial.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 24 de la [Directiva 2006/54](#) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, en una situación en la que una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo ha presentado una reclamación, un trabajador que le ha prestado apoyo en ese contexto únicamente está protegido contra las medidas de represalia adoptadas por el empresario si ha intervenido como testigo en el marco de la instrucción de esa reclamación, y siempre que su testimonio cumpla con los requisitos formales previstos por dicha normativa, o si, por el contrario, la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluir a todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que en el ordenamiento belga se delimite tal categoría.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La señora Vandebon es despedida de su empresa y la trabajadora entiende que esta decisión trae causa en la comunicación que efectuó mediante correo electrónico de 7 de julio de 2015 advirtiendo a su empleadora que la ley belga prohibía que se rechazara la

contratación de una candidata por razón de embarazo. La empresa refrendó su posición y confirmó la negativa a contratar a la señora Hakelbracht por este motivo, siendo esta información remitida por la señora Vandebon a la señora Hakelbracht, esto es, que su candidatura no había sido seleccionada debido a su embarazo.

Atendiendo a las previsiones legales del ordenamiento belga, la señora Hakelbracht se puso en contacto con la posible empleadora para abordar su no contratación, indicándose que pretendía presentar una reclamación ante el Instituto de la Mujer de aquel Estado miembro. Unos meses más tarde, concretamente el 6 de abril de 2016, WTG Retail rescindió el contrato de trabajo de la señora Vandebon y esta presentó una reclamación ante el Instituto de la Mujer al entender que, aunque la empresa alegaba una ejecución incorrecta de las tareas confiadas (entre otras, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden), la decisión extintiva traía causa en la defensa que hizo de la candidata embarazada.

3. Claves de la posición judicial sobre el precepto de referencia

Nadie cuestiona que:

[...] el hecho de no seleccionar a una candidata por estar embarazada debe considerarse un trato menos favorable a una mujer relacionado con el embarazo, que constituye, de conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54, una discriminación directa por razón de sexo, como subraya, además, el considerando 23 de esa directiva [...],

aunque el aspecto que más interés presenta en este procedimiento es que clarifica el alcance subjetivo de la protección establecida por el legislador de la Unión en el artículo 24 de la [Directiva 2006/54](#). La citada disposición obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos sus representantes, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o a una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

A juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluye a todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría. Y, evidentemente, la efectividad de la protección exigida por la [Directiva 2006/54](#) no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran decla-

rado como testigos en su favor. O, dicho de otro modo, los trabajadores, que estando en una posición ideal para apoyar a esa persona por tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados a intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, como las controvertidas en el litigio principal, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la [Directiva 2006/54](#), reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo.

Atendiendo a esta argumentación, entiende el Alto Tribunal que, para gozar de la referida protección, no necesariamente tiene que haberse producido un acto oficial ni la utilización de ningún canal concreto para denunciar la discriminación, sino que cualquier acto de apoyo o censura contra la conducta discriminatoria de la empresa activa la protección, pudiendo entender que no solo se aplicará a discriminaciones por razón de sexo, sino a cualquier denuncia por vulneración de derechos fundamentales en el trabajo. Refuerza esta interpretación el considerando 32 de la [Directiva 2006/54](#), que ya incorporaba este alcance omnicompreensivo al entender que:

Dado el carácter fundamental del derecho a una tutela jurídica efectiva, conviene garantizar que los trabajadores continúen gozando de dicha protección incluso tras la extinción de la relación que haya dado lugar a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente directiva debe tener derecho a idéntica protección.

Como hemos referido:

[...] el derecho nacional belga establecía la necesidad de que la reclamación que activase la protección tuviese unas características concretas cuando hiciera referencia a terceros distintos de la persona discriminada: que la denuncia o reclamación presentada, formulada en el marco de una investigación, se realizase mediante un documento firmado y fechado (apartados 3 y 9 del artículo 22 de la Ley belga para la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres, de 10 de mayo de 2007). Dicha exigencia encontraría su razón en la posibilidad de establecer un régimen sencillo en materia probatoria.

La exigencia de este tipo de formalidades puede suponer vaciar de contenido el ámbito de protección de la directiva; de admitirse esta regulación, se primarían los criterios formales respecto al papel real que hayan podido desempeñar los trabajadores en favor de la persona protegida y que hayan podido conducir al empleador a adoptar represalias en su contra. En consecuencia, procede interpretar el artículo 24 de la [Directiva 2006/54](#) en el sentido de que los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada.

Este pronunciamiento se inserta en una línea de acción estratégica de la Unión Europea que insta a la existencia de un estatuto protector de quienes denuncian hechos contrarios al derecho comunitario (en relación con la nueva directiva para la protección de los denunciantes, pueden consultarse las reflexiones que efectué al respecto en <<https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/whistleblowers-aspectos-laborales-de-la.html>>), máxime cuando las personas que trabajan en una organización o están en contacto con ella por razones laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de tales hechos y, por tanto, se encuentran en una posición privilegiada para informar a quienes pueden abordar el problema.

Resultaría difícil cohonestar la voluntad de luchar contra la corrupción y demás prácticas ilegales con la inexistencia de mecanismos suficientes que otorgasen protección a los trabajadores que se atrevan a denunciar tales irregularidades. En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la trabajadora represaliada ostentaba una «posición ideal para (...) tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario» (apartado 34), lo que refuerza la conveniencia de otorgarle una protección efectiva al objeto de alcanzar el propósito perseguido de acabar con la discriminación.

A este respecto, señala certeramente el TJUE que la efectividad de la protección exigida por la [Directiva 2006/54](#) no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado a su favor. En efecto, esos trabajadores, que están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados a intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, como las controvertidas en el litigio principal, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la [Directiva 2006/54](#), reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo.

4. Trascendencia de la doctrina asentada y posibilidad de consolidación *ad futurum*

Señala la más autorizada doctrina –Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A. (2019). [Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa](#). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5– que el temor a represalias, bien en la promoción económica, bien en la trayectoria profesional, «podría desalentar a los trabajadores ante la existencia de un trato discriminatorio, corriéndose así el riesgo de menoscabar el efecto protector al que aspira la directiva, así como de dificultar la detección y resolución de supuestos discriminatorios». Para evitar que esto ocurra, el TJUE en la [sentencia comentada](#) considera que deben recibir protección todas las actuaciones, ya sean escritas o

hubieran consistido en una declaración testifical, con independencia, en todo caso, de su carácter formal o informal.

Este pronunciamiento lleva a cabo una interpretación «amplia» de la directiva (lo que reconoce explícitamente en su apdo. 30), si bien lo hace de forma absolutamente motivada, en aras de evitar cualquier menoscabo del objetivo de esta. La garantía de indemnidad que subyace en el pronunciamiento comentado supone un notable avance respecto a la [Sentencia del TJUE Coleman](#), pues en ella, aunque admitió la discriminación por asociación, habida cuenta de que la preterición profesional se produjo en la esfera laboral de la demandante, madre de un hijo con discapacidad, implícitamente vinculaba la extensión al parentesco existente. Sin embargo, en el [caso Hakelbracht](#) se demuestra que este extremo no es necesario y que bastará con demostrar que existe un vínculo de la suficiente entidad entre los sujetos como para que se produzca la traslación de los efectos discriminatorios a aquel.

El sexo no puede determinar diferencias de trato ni en el momento de la contratación –de obligada consulta, Alameda Castillo, M.^a T. (2013). *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*. Pamplona: Aranzadi– ni en el desarrollo de la relación laboral, de modo que incumbe al empresario la obligación de adoptar decisiones organizativas no discriminatorias entre trabajadores, adoptando para ello no solo un comportamiento que evite discriminaciones, directas o indirectas, sino también implicándose a través de la toma de decisiones organizativas razonables y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades que, de hecho, existe en el mercado de trabajo –Alonso Bravo, M. (2012). La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28, p. 160–. Y, a este respecto, como ocurre en el supuesto de hecho, siempre que se pueda acreditar que existen indicios de discriminación, el empresario tendrá que probar la objetividad de los criterios de selección utilizados, así como acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de las pruebas selectivas, habiéndose admitido que tales indicios se deriven de pruebas estadísticas en supuestos de discriminación directa.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que la tutela antidiscriminatoria repara los efectos de discriminaciones pasadas, pero no asegura la remoción definitiva de cara al futuro, ni repara los efectos de conductas discriminatorias omisivas. Por ello, es tan importante que el TJUE, primero en la [Sentencia Coleman](#) y ahora en la [sentencia comentada](#), extienda la protección a personas que se ven perjudicadas profesionalmente por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias: en el primer caso, debido a la discapacidad; en el segundo, por el estado de gestación de la candidata.

En nuestro ordenamiento, esta garantía se vería claramente reforzada si en la nueva legislatura se aprobase la [Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación](#), iniciativa decaída a la espera de la conformación de un nuevo Parlamento, pues

en aquella propuesta se establecía de manera detallada el alcance del derecho a no sufrir ningún perjuicio por la denuncia de cualquier supuesto discriminatorio, estimando, con un evidente ánimo omnicomprensivo, que se entendería por represalia:

[...] cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

Hasta dicho momento, la solución que proporciona el [pronunciamento comentado](#) es esencialmente relevante, toda vez que considera que la solución del ordenamiento belga (país de origen del asunto) es excesivamente restrictiva, e impide que se cumpla efectivamente la finalidad de la directiva. En definitiva, la garantía de indemnidad debe extenderse, en todo caso, a quienes sufren represalia por intentar, formal o informalmente, proteger a la persona que sufre de modo directo la discriminación. Estamos, en suma, ante una resolución de enorme trascendencia, en la medida en que lleva a cabo una interpretación considerablemente extensiva sobre el alcance de la garantía de indemnidad en casos de discriminación entre mujeres y hombres; y que quizá pueda hacer perder el miedo a represalias para el resto de las personas presentes en la empresa, con lo que ello supone en orden a facilitar los medios de prueba y de defensa para quienes directamente sufren la conducta vulneradora del derecho –Martínez Moreno, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Bomarzo, p. 32–.