

LA ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN DE DESPEDIR A UNA TRABAJADORA A CAUSA DEL EMBARAZO O NACIMIENTO DE UN HIJO

[Comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007,
asunto C-460/06, Nadie Paquay contra Société d'architectes
Hoet + Minne SPRL] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA completa y radical protección de la madre y del hijo proscribiera cualquier relativismo ético o moral, constituyendo una prioridad absoluta de las sociedades occidentales que demandan su propia identidad cultural y subsistencia futura. Penosos acontecimientos recientes¹ ponen de manifiesto la tolerancia (social y pública) de comportamientos criminales (en cuya base está la inconveniente, obtusa, primitiva y científicamente errónea definición/delimitación legal de persona/ser humano²) que, rememorando tiempos de

.../...

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 304, julio 2008 o en *Normacef Social*.

¹ Me refiero a los brutales acontecimientos abortivos recientemente descubiertos en Barcelona, que deben inscribirse en las páginas más negras de los delitos contra las personas, comparables, si no en extensión ni intensidad, sí en disponer los avances de la ciencia y de la técnica para procurar la muerte (asesinato, genocidio probablemente por sus dimensiones) de seres humanos. Como se ha significado «los decapitan, les succionan la masa cerebral, les inyectan líquidos letales y, tras descuartizarlos, introducen sus despojos en una trituradora conectada a los desagües y esa vida arrasada bárbaramente queda sin rastro». [ZARZALEJOS, J. A., «La Barbarie Silenciosa (El aborto libre en España)», *ABC*, domingo 9-12-2007, pág. 3.]

² Según el artículo 29 del Código Civil «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente», y según el artículo 30 del mismo Código «para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno». Semejante delimitación de la persona coincide con la contenida en las Leyes de Toro (1505), Ley XII. Disposición que pasará a la Nueva Recopilación, V, VIII, 2 y a la Novísima Recopilación, X, V, 2. (nacer vivos, permanecer vivos durante 34 horas. Bien que en aquellas normas medievales se requería además haber sido bautizado antes de morir). Con el añadido, en el artículo 30, de indudable raigambre en el Derecho romano, de «nacer con figura humana». En fin, que aquella norma del Código Civil vigente desconoce el desarrollo del conocimiento desde 1505, y quienes

.../...

odiosa memoria ³, cuestionan la entidad e identidad cultural (pensamiento racional) y ética o moral (valores morales) occidental. La protección contra el despido de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz y del niño (su hijo) se inscriben en esa urgencia, y por ello deben tener la intensidad y la extensión que requieren para la subsistencia misma de las sociedades occidentales.

Palabras clave: trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo, período de protección, despido (actos preparatorios, actualización y comunicación, nulidad), reparaciones e indemnizaciones.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Normativa comunitaria referente al despido de la trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo.
- III. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa al despido de la trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo.
- IV. El supuesto de hecho y las cuestiones prejudiciales planteadas.
- V. Referencia al despido y la protección de la trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo en el Derecho español.
- VI. La adopción por el empresario de la decisión de despedir a una trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo. Los actos preparatorios de su sustitución y la notificación del despido.
- VII. Indemnizaciones debidas por inobservancia de las normas comunitarias protectoras de la mujer embarazada o que ha tenido un hijo.
- VIII. Conclusiones.

defienden, participan o simplemente comparten semejante delimitación/definición de la persona (ser humano = persona, según la Declaración Universal de Derechos Humanos), constituyen un anacronismo, en cuanto que están justamente en ese momento histórico, ni un ápice más adelantados.

³ Nazismo, estalinismo y maoísmo fundamentalmente, pero que se reproducen en los totalitarismos de toda clase que renacen y reproducen constantemente, bien que con más brutalidad si cabe, pero menos «cientifismo», llevando a cabo genocidios, demás extinciones, masivas, plurales y singulares de seres humanos/personas. *Vid.* Carta encíclica Spe Salvi de Benedicto XVI, donde se muestra el racionalismo, autoridad teológica, filosófica y científica del cardenal Joseph Ratzinger en toda su dimensión. *Vid.* también STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, especialmente los Votos Particulares, con especial atención el del Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la sentencia objeto de comentario la jurisprudencia comunitaria se ha venido ocupando del despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y desde la regulación jurídica comunitaria se han venido resolviendo cuestiones relativas al despido de la trabajadora que estaba en alguno de aquellos estados biológicos, de manera generalmente satisfactoria.

No obstante, aquella misma jurisprudencia ha venido considerándose limitada o insuficiente, en cuanto que no abordaba los aspectos más conflictivos relativos a la precisa delimitación de la extensión temporal de la protección referida a la trabajadora embarazada o que había tenido un hijo, o lo había hecho de forma poco satisfactoria. Adelantando conclusiones puede afirmarse que la sentencia objeto de comentario solventa en buena medida aquella insuficiencia en cuanto que:

- a) Extiende la protección de aquellas trabajadoras respecto de los actos o medidas preparatorias adoptados antes de la expiración del período de protección legalmente establecido.
- b) Establece la irrelevancia de la actualización (comunicación) ⁴ de la decisión de despedir, concurriendo aquellas causas, una vez transcurrido el indicado plazo de protección legal.
- c) Sienta las bases para rectificar los supuestos específicos, abordados por las jurisprudencia comunitaria, con escasa fortuna, en los que el despido o acto extintivo de la relación laboral resulte ser consecuencia de causas vinculadas a afecciones ligadas al embarazo, al parto o al puerperio y anteriores o posteriores, respectivamente a las fechas señaladas como de descanso para la mujer trabajadora en aquellos estados biológicos.

Lo anteriormente afirmado requiere de una adecuada fundamentación que ciertamente proporciona la sentencia que se comenta. Para ello puede partirse, como doctrina jurisprudencial comunitaria definitivamente consolidada, de la siguiente afirmación:

«El Derecho comunitario garantiza, de entrada, una protección específica frente al despido hasta el final del permiso de maternidad».

⁴ Afirma DE LA VILLA, L. E. «La formalización (carta y expediente) del despido disciplinario», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Ediciones CEF, Madrid 2006, pág. 1.076, en una determinada perspectiva histórica, que «el despido por incumplimiento del trabajador se actualiza por el empleador, en base a su poder de resolución, a través de una acción, la cual, en nuestro derecho, es recepticia, declarativa y formal». No cabe duda que hoy en día, sigue siendo recepticia y declarativa, más cuestionable es que continúe siendo «formal». Como continuaba indicando el ilustre maestro «es recepticia porque no produce efectos sino en cuanto que es conocida por el trabajador, destinatario de la misma (y) es declarativa porque se resume en una comunicación o noticia que una de las partes del contrato hace saber a la que lo incumplió».

De tal manera que:

- a) Tanto «durante el permiso por maternidad la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia».
- b) Como «desde el inicio del embarazo, esto es, antes del comienzo del periodo de descanso por maternidad, la mujer trabajadora está protegida contra el despido».

II. NORMATIVA COMUNITARIA REFERENTE AL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O QUE HA TENIDO UN HIJO

Según el artículo 8 de la Carta Social Europea ⁵, «garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a protección», supone:

- a) «Garantizar a las mujeres, antes y después del parto, un descanso de una duración total de 12 semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por subsidios sufragados con fondos públicos».
- b) «Considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante esa ausencia».
- c) «Garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo».

El Protocolo adicional a la Carta Social Europea ⁶ añade que «con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo», es preciso reconocer ese derecho y tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los campos del acceso al empleo, la protección contra el despido y reinserción profesional; la orientación y formación profesionales, el reciclaje y readaptación profesional; las condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración y el desarrollo de la carrera profesional, incluido el ascenso, no considerándose discriminatorias las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo, al parto y al periodo postnatal.

En el ámbito de la legislación ordinaria comunitaria han de tomarse en consideración tanto la Directiva 76/207/CEE ⁷, como la Directiva 92/85/CEE. En relación con la primera de ellas, la Direc-

⁵ Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, suscrita y ratificada por España en 1980.

⁶ Concluido el 5 de mayo de 1988, suscrito y ratificado por España en 2000.

⁷ Norma comunitaria que, como se sabe, por razón de la refundición efectuada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ha sido derogada, *ex* artículo 34, pero que era aplicable al caso principal, dadas las fechas del supuesto de hecho.

tiva 76/207/CEE, preciso es destacar que contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con referencia al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo, lo cual supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

Aquella Directiva no obsta a otras disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, al extremo que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación (directa ni indirecta) por razón de sexo.

En relación con la segunda de las normas comunitarias referidas, la Directiva 92/85/CEE, la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁸, y además, dado 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 es conveniente establecer una prohibición de despido⁹.

Consecuentemente, aquellas normas comunitarias obligan a sus destinatarios naturales, los Estados miembros, a ajustar a su contenido los ordenamientos nacionales correspondientes, en los siguientes términos¹⁰:

- Tomando las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.
- Estableciendo que cuando se despidan a una trabajadora que se encuentre en uno de los indicados estados, durante el período contemplado de permiso por maternidad, el empresario debe dar motivos justificados de despido por escrito.
- Llevando a cabo las medidas precisas para proteger a las trabajadoras, antes aludidas, contra las consecuencias de un despido, que será ilegal si se demuestra su relación con el embarazo o la maternidad de la trabajadora despedida.

⁸ Según resulta de su noveno considerando.

⁹ Se indica en su decimoquinto considerando.

¹⁰ Con arreglo al artículo 12 de la referida Directiva 92/85/CEE, recuerda el Alto Tribunal comunitario, que los Estados miembros incorporarán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier trabajadora que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, además de poder acudir a otras instancias competentes, según las legislaciones y/o las prácticas nacionales.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS RELATIVA AL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O QUE HA TENIDO UN HIJO

«El despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada», precisa la jurisprudencia comunitaria ¹¹ la cual también viene entendiendo ¹² que «solo puede admitirse el despido de aquellas trabajadoras 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» ¹³, pues «habida cuenta de los perjudiciales efectos que podría tener el riesgo de despido para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE (...) ha establecido la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad».

No obstante en los casos de enfermedades vinculadas al embarazo, el parto o puerperio, que continúen o aparezcan después de haber agotado la trabajadora los períodos de descanso por maternidad establecidos en las legislaciones nacionales correspondientes, la jurisprudencia comunitaria ha venido manteniendo una posición muy diferente privando a la mujer trabajadora de protección asimilable a la otorgada durante el período que va desde el inicio del embarazo a la finalización del período de descanso de maternidad.

Efectivamente, según el Tribunal de Justicia comunitario ¹⁴, «si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso de maternidad, (...) no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad y (...) a tal estado patológico se aplica el régimen general en caso de enfermedad (...) el Derecho comunitario no es contrario a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto».

De la legalidad o prohibición de actos preparatorios del despido de una trabajadora embarazada o que hubiera tenido un hijo y su comunicación o actualización, una vez transcurrido el período de protección o de descanso establecido legalmente, no se hace cuestión en aquella jurisprudencia comunitaria, a pesar de su manifiesto carácter fraudulento (fraude de ley).

La sentencia objeto de comentario incide de manera significativa en toda aquella jurisprudencia, con una doble fundamentación normativa. Por una parte, se basa en la Directiva 92/85/CEE, que establece, preciso es recordarlo de manera tajante, la prohibición de despido desde el mismo inicio del emba-

¹¹ STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-179/88, Handels-og Kontorfunktionerernes Forbunmf Danmmark y Dansk Arbejdsgiverforening.

¹² STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03.

¹³ En la STJCE de 8 de noviembre, antes citada, se indicaba que, «por el contrario, el despido de una trabajadora por razón de repetidas bajas por enfermedad, no originadas por un embarazo o por un parto, no constituye una discriminación directa basada en el sexo, en la medida en que tales bajas por enfermedad darían lugar a despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones».

¹⁴ STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, ya mencionada, reiterando la doctrina contenida en la de 8 de noviembre de 1990.

razo, esto es, «durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad». Por otra parte reinterpreta el alcance de la Directiva 76/207/CEE, en base a la cual se había resuelto que «si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso por maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad. Tal estado patológico depende, por tanto, del régimen general aplicable en caso de enfermedad (pues), en efecto, tanto los trabajadores masculinos como femeninos están expuestos a la enfermedad. A pesar de que es cierto que determinados trastornos son propios de uno u otro sexo, la única cuestión es, pues, si una mujer es despedida a causa de las ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre; si esto no es así, no existe discriminación directa basada en el sexo»¹⁵.

La doctrina, hasta ahora vigente del Tribunal de Justicia comunitario, en la materia que venimos tratando, no toma en consideración la complementariedad de las Directivas 76/207/CEE y 92/85/CEE, sino que establecía una prelación entre las mismas, otorgando una equívoca preponderancia a la primera sobre la segunda¹⁶, mostrando así una clara «asimetría» en la protección de la maternidad, de la que es ejemplo su afirmación de que «una trabajadora no puede ser despedida durante su permiso de maternidad, por motivos asociados con su embarazo, ni antes de dicho permiso, por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo y anterior a ese permiso; pero puede ser despedida, en su caso, por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo o al parto y que aparezca después del permiso por maternidad»¹⁷.

La sentencia objeto de comentario incide sobre el conjunto de aquella doctrina, bien que no trate específicamente de las enfermedades que, ligadas al parto o al embarazo, surgen después de la expiración del período de descanso por maternidad¹⁸, pero amplía la protección de aquellas trabaja-

¹⁵ Modificando su anterior doctrina según la cual la Directiva 76/207/CEE «no constituía obstáculo para los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto», como indica la STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-179/88, ya referida.

¹⁶ Así se establece claramente en la exposición de motivos de la Directivas 92/85/CEE cuando indica que «la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres».

¹⁷ En sentido diferente nuestra jurisprudencia ha considerado que aquella modificación del estatus jurídico constituye un atentado a su integridad física, con violación frontal del artículo 15 de nuestra Constitución, que comienza con la afirmación de que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral», pues «es evidente que una de las manifestaciones de la particularidad humana es la maternidad», situación protegible, entre otras razones «por el derecho y respeto a la vida que merece la madre», y el recién nacido, de tal manera que cada vez que se conculca, no reconociéndose su especificidad, se está violentando ese derecho fundamental». Así y en el sentido expuesto, puede citarse la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2002, en sentido contrario, se pronuncia la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 29 de abril de 2005.

¹⁸ Bien que podía haber efectuado una aplicación análoga de la protección otorgada desde el inicio del embarazo hasta la finalización del período de descanso de maternidad en Directiva 92/85/CEE. Ya el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-394/96, conclusiones 20 a 22, efectuaba las siguientes consideraciones: «La segunda observación tiene que ver con la necesidad de que queden delimitados, de una vez por todas, los ámbitos de aplicación respectivos de las Directivas 76/207/CEE y 92/85/CEE, a la luz del contenido de sus disposiciones y de su finalidad (...). La Directiva 76/207/CEE, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 235 del Tratado CE, constituye una acción de la Comunidad considerada necesaria, en su día, para realizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, tanto en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, como en lo relativo las demás condiciones de trabajo. Las únicas excepciones al principio de igualdad de trato que se permiten figuran en los apartados 2, 3 y 4 de su artículo 2 y consisten, concretamente, en las actividades profesionales para las que el sexo constituye una condición determinante en razón de su

doras con una plausible interpretación de la normativa comunitaria ¹⁹, mejorando la situación de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia, al prohibir los actos del empresario no constitutivos de despido pero encaminados a su realización, si se llevan a cabo durante los períodos en que aquellas gozan de especial protección por el ordenamiento jurídico ²⁰, aunque el acto del despido se actualice una vez transcurrido dicho período.

naturaleza; en las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y la maternidad; y en las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias reguladas por la Directiva. Se trata en todos los casos, de medidas cuya regulación, en el estado actual del derecho comunitario, corresponde a los Estados miembros. La Directiva 92/85/CEE, en cambio, toma como base jurídica el artículo 118 A del Tratado, que obliga al Consejo a establecer, mediante Directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y salud de los trabajadores; es la décima Directiva específica adoptada con arreglo al apartado 1 del artículo 1 y 6 de la Directiva 89/391/CEE, cuyo artículo 15 dispone que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. La finalidad de la Directiva 92/85/CEE es la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Tiene, pues, un contenido netamente protector estableciendo un trato diferenciado en favor de la mujer que se encuentre en estas situaciones. El mismo legislador reconoce, en el considerando noveno de la exposición de motivos, que esa protección no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Como ya indicó el Tribunal (...), en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora a interrumpir de forma voluntaria su embarazo, el legislador comunitario, con arreglo al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, ha previsto una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del descanso por maternidad, sin que se prevea ninguna excepción a esa prohibición durante tal período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada».

- ¹⁹ Según la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 30 de junio de 1998) «el despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE perderían su eficacia. En efecto, si bien el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico (...) no es menos cierto que (...) el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de este. Dichos trastornos y complicaciones pueden implicar una incapacidad laboral». Concluyendo, no obstante lo acertado de su anterior exposición, de manera no irreprochable, lo siguiente: «Cuando una trabajadora está ausente debida a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso de maternidad, dicha ausencia, no solo durante el permiso de maternidad, sino también durante el período comprendido entre el inicio de su embarazo y el inicio del permiso de maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica su despido según el Derecho nacional. En cuanto a la ausencia de la trabajadora posterior al permiso de maternidad, podrá tenerse en cuenta en las mismas condiciones que la ausencia de un hombre a causa de una incapacidad laboral de idéntica duración».
- ²⁰ De manera irreprochable la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 8 de septiembre de 2005, ya referida), establece una distinción fundamental entre el momento anterior y posterior al período legalmente establecido de descanso para la mujer trabajadora), en los siguientes términos: 1) «A propósito de la hipótesis del despido de una trabajadora motivado por una enfermedad ligada embarazo y que comience antes del permiso por maternidad, (...) el embarazo no puede compararse en absoluto a un estado patológico, (...) el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de este (...), los trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes a ese embarazo y, por tanto, comparten la especificidad de este» (en consecuencia) la protección contra el despido debe ser reconocida a la mujer no solo durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo». Además indica que «el despido de una trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a la incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo»; 2) «Si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso de maternidad, (...) no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el

IV. EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Para una cabal, correcta y completa comprensión de la doctrina establecida en la sentencia objeto de comentario, así como para poder efectuar una crítica favorable o contraria a la misma, en la medida en que lo merezca, es preciso reparar, siquiera brevemente, en el supuesto de hecho de la meritada resolución de la justicia comunitaria, así como referir literalmente los términos de las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas al Tribunal de Justicia comunitario, que limitan en sus precisos términos, el ámbito de actuación del Alto Tribunal comunitario. Además semejantes referencias, ayudan al discurso, al evitar la fatiga que supone el tener que acudir al texto de la sentencia para tener conocimiento de tales extremos.

1. El supuesto de hecho.

La *fattispecie* o supuesto de hecho del litigio principal, para cuya resolución el juzgador *a quo* planteó al Alto Tribunal comunitario las cuestiones prejudiciales, fueron los que de seguido se exponen. Una trabajadora, la Sra. N., empleada en un estudio de arquitectura, siendo el empleador o empresario S. A. H, desde el 24 de diciembre de 1987, disfrutó de un permiso de maternidad desde septiembre hasta el 31 de diciembre de 1995. No obstante, el período de protección contra el despido, que se extendía desde el comienzo del embarazo al final (prolongado) del permiso de maternidad, expiró, conforme a la normativa nacional aplicable (belga), el 31 de enero de 1996.

La indicada trabajadora, Sra. N., fue despedida por el empresario (S. A. H.). Acto resolutivo de su contrato de trabajo y relación laboral que le fue comunicado mediante carta certificada de 21 de febrero de 1996 (es decir, en una fecha en la que el período de protección había terminado), con un preaviso de seis meses a contar desde el 1 de marzo de 1996. Aquel empresario (S. A. H.) puso fin al contrato el 15 de abril de 1996 y pagó una indemnización correspondiente a la liquidación del resto del período de preaviso.

La decisión de despedir a la citada trabajadora Sra. N. fue tomada, y en cierto modo se vio concretada, cuando esta estaba embarazada y antes, en todo caso, del 31 de enero de 1996, esto es, con anterioridad a la fecha en que terminaba el período de protección contra el despido.

Durante el período de embarazo, el empresario S. A. H. puso un anuncio en un periódico (concretamente el 27 de mayo de 1995), para contratar a una secretaria, respondiendo el 6 de junio de 1995 a una candidata que el puesto estaría vacante desde mediados de septiembre de 1995 hasta enero de 1996, período que se correspondía con el previsible permiso de maternidad de la trabajadora Sra. N., añadiendo lo siguiente: «y, posteriormente, a partir de agosto de 1996», es decir, a partir de la finalización previsible del período de preaviso de seis meses si este se notificaba regularmente después del período de protección. El empresario S. A. H. conocía el embarazo y el anuncio se refería al puesto de trabajo que ocupaba su trabajadora Sra. N.

parto de cualquier enfermedad y (...) a tal estado patológico se aplica el régimen general en caso de enfermedad. Ante este tipo de situación, (...) el Derecho comunitario no es contrario a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto».

Ha de tomarse en consideración que el empresario (S. A. H.) puso un segundo anuncio en octubre de 1995 (esto es, poco tiempo después de que comenzase el permiso de maternidad), cuyo texto decía: «contabilidad, McIntosch, disp. inm., pr carr. en peq. equip.». La mención «pr carr.», significaba «para [hacer] carrera», lo que confirma que la intención de la sociedad era sustituir definitivamente a la demandante y que esta decisión se tomó cuando esta estaba embarazada.

En cuanto a los motivos del despido, y habida cuenta de que la carga de la prueba incumbía al empresario, resultó que la causa del despido alegada por aquel empresario demandado (S. A. H.), a saber, la falta de adaptación a la evolución de los oficios relacionados con la arquitectura, no fue probada, incluso unos informes internos del empresario elaborados el 1 de marzo de 1996 indicaban que la demandante siempre había trabajado «a entera satisfacción del empresario». Por lo tanto, el órgano jurisdiccional que conocía de la demanda estimó que el despido de la demandante no era ajeno al embarazo o, al menos, al hecho del nacimiento de un hijo.

2. Las cuestiones prejudiciales planteadas.

Como es sabido las cuestiones prejudiciales planteadas constituyen un límite infranqueable para el Tribunal de Justicia comunitario, que no puede entrar en cuestiones ajenas a las mismas. Por ello una referencia a su tenor literal es de todo punto exigible. Al respecto resultó que el órgano jurisdiccional que conocía de la demanda (Tribunal du Travail de Bruxelles) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Debe interpretarse el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE en el sentido de que solo prohíbe notificar una decisión de despido durante el período de protección establecido en el punto 1 de este artículo, o en el sentido de que también prohíbe tomar la decisión de despedir a la trabajadora y preparar su sustitución definitiva antes de que termine el período de protección?
2. El despido notificado tras el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, pero que no es ajeno a la maternidad o al nacimiento de un hijo, ¿es contrario al artículo 2, apartado 1 [o al art. 5, apartado 1), de la Directiva 76/207/CEE] y, en este supuesto, debe ser la sanción, al menos, equivalente a la que el Derecho nacional establece en aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE?

V. REFERENCIA AL DESPIDO Y LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O QUE HA TENIDO UN HIJO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español se ha adaptado, con generosidad²¹, a la normativa y jurisprudencia comunitaria, en lo que respecta a la protección de la maternidad²², bien que deba reajustarse su interpretación a la doctrina contenida en la sentencia que se comenta.

²¹ Al extremo de tenerse que rechazar planteamientos ante los tribunales de «excesos de transposición», En este sentido *vid.* la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2001.

²² Adaptación efectuada por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en cuya exposición de motivos se indica que «en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las Directivas del Consejo 92/85/CEE,

1. Normativa española referente al despido de las trabajadoras embarazadas, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Nuestro ordenamiento jurídico establece, en relación con el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo [art. 52 d) del ET] que «no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a (...) maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia». Asimismo declara la nulidad del despido (art. 55.5 del ET):

- a) De las trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
- b) De las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión antes referido.

Precisándose en el artículo 55.5, último párrafo, que aquella nulidad será de aplicación, salvo en los casos en que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos antes señalados²³.

2. La interpretación jurisprudencial.

Si generosa fue la actitud del legislador en el proceso de adaptación de nuestro ordenamiento interno a la normativa comunitaria, no le fue a la zaga la interpretación efectuada por la jurisprudencia de aquella normativa. Así, habida cuenta de la redacción dada «por la Ley 39/1999, que traspuso, a su vez, la Directiva 92/85/CEE, el artículo 55.5 b) del ET declara la nulidad del despido de las traba-

de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres». Mediante aquella ley (39/1999), sigue indicando su exposición de motivos, «se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y (...) a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia». Bien que la redacción actual de los artículos 52 d) y 55.5 a) y b) se haya dado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, respectivamente.

²³ No puede olvidarse que el artículo 45.1 d) del ET establece que «el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: d) Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años». En el apartado 3 del artículo 46 del ET, se establece que «los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa», según redacción dada por Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

jadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad, riesgo de embarazo, adopción o acogimiento, todo ello siempre que el despido no fuera declarado procedente por motivos no relacionados con el propio embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias de referencia (...) ha interpretado esta previsión legal en el sentido de su aplicación inmediata». Esto es:

- «La nulidad del despido de la trabajadora embarazada operará con independencia de la razón concreta que el empresario haya tenido para la extinción del contrato. Esto es, aun cuando ni fuera esa situación de embarazo la motivadora de la decisión».
- «Con independencia también de su conocimiento o desconocimiento empresarial»²⁴.

Punto especialmente conflictivo de aquella generosa adaptación fue el interpretar si se exigía o no comunicación por la trabajadora al empresario de su estado de gravidez²⁵, lo que a su vez determinaba la «automaticidad», en su caso, de la nulidad del despido. Extremo respecto del que la Directiva 92/85/CEE establece la necesidad de comunicación al empresario de ese estado vinculando tal comunicación al concepto mismo de trabajadora embarazada²⁶, lo que en buena hermenéutica supone que a falta de aquella comunicación del embarazo, este no tenga trascendencia jurídica frente al empresario (bien entendido que la jurisprudencia comunitaria ha eximido a la trabajadora de ese deber de comunicación en determinados supuestos²⁷).

No obstante otra fue inicialmente interpretación deducida por nuestros órganos jurisdiccionales, según se acaba de indicar. Conviene recordar que nuestra legislación no reproduce la normativa comunitaria en lo que hace al deber de la trabajadora de comunicar al empresario su estado de gravidez, con fundamento en que en la instrumentación de ese deber de comunicación la Directiva citada se remite a las «legislaciones y/o prácticas nacionales». En este sentido se ha manifestado una importante jurisprudencia²⁸, según la cual el mandato legal protegía «a las mujeres embarazadas tal y como prescribe la Directiva pero no (limitaba) como esta el nacimiento del derecho, eliminando la condición de comunicar

²⁴ SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 2002, 7 de marzo de 2003 y 15 de febrero de 2005, siguiendo a esta última.

²⁵ No planteaba cuestión dado nuestro sistema de Seguridad Social, la comunicación de la maternidad ni de del período de lactancia.

²⁶ Según el artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE, «a efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) Trabajadora embarazada: Cualquier trabajadora embarazada, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales; b) Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz 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; c) Trabajadora en período de lactancia: 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».

²⁷ Como recuerda la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 30 de junio de 2005, «no debe olvidarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el carácter discriminatorio por razón de sexo del despido de trabajadoras embarazadas en pronunciamientos reiterados, eximiendo a estas de la obligación de poner en conocimiento del empresario su estado de embarazo, no solo en supuestos de despido (STJCE 109/2000, caso Tele Danmark, apartado 20), sino también en todos aquellos supuestos en los que sus condiciones se ven modificadas por decisiones empresariales adoptadas cuando concurre la situación de embarazo».

²⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005, que además indica que la modificación del artículo 55.5 del ET «se amparaba en el artículo 14 de la CE, Directiva 92/85/CEE (...) y Directiva 96/34/CE».

la gestación al empleador, preservando así también el derecho a la intimidad de la mujer que no tiene por qué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo mientras esté en estado de gestación».

La misma jurisprudencia justificaba aquella posición porque, a su entender, el legislador con la redacción dada al precepto estatutario había querido, «por tanto, que fuera indiferente que el empresario conociese o no el embarazo e incluso que lo supiese la trabajadora, en el momento del despido», y que, consiguientemente, era irrelevante el móvil del empresario, que podía obedecer o no a causas discriminatorias, por cuanto se estaba ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho del embarazo y no subjetiva, no teniéndose en cuenta los motivos que hubieran conformado la decisión de despedir, siendo la finalidad de la ley, entre otras, el aseguramiento de la continuidad del puesto de trabajo de la madre, impidiendo su despido, cualquiera que hubiera sido la causa por la que se efectuase, siempre que no fuera disciplinaria por un incumplimiento grave y culpable por su parte.

Según aquella doctrina no era el objetivo de la ley la protección de los derechos fundamentales de la persona sino que esta norma lo que trataba era desarrollar en el ámbito laboral, el artículo 39.1 de la Constitución, asegurando la conservación por las embarazadas de su puesto de trabajo, prohibiendo la extinción de la relación laboral, salvo causas justificadas, impidiendo así la salida de mujeres encintas del mundo laboral, dadas las evidentes dificultades que tenían para acceder al mismo, y la importancia de la maternidad, de manera que más bien podía afirmarse que estábamos ante un fin social y no individual, aunque lógicamente en la norma se otorgue, para conseguirlo derechos a las personas que integran la familia.

Ciertamente en la redacción de la norma estatutaria no se efectúa referencia alguna al deber de comunicación al empresario del estado encinta, y la indefinición de la norma comunitaria (que acude al mecanismo, siempre ambiguo, de la remisión), no ha dejado de generar dudas importantes en relación con la vinculación entre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada y el deber de esa trabajadora de comunicar al empresario su embarazo²⁹ o, al menos, si debe ser conocido el estado de gravidez por el empresario, resultando, en tal caso, indiferente que la trabajadora no se lo hubiese comunicado. Llegando a plantearse una situación contradictoria, en cuanto que frente a la jurisprudencia expuesta anteriormente, otra jurisprudencia calificaba los despidos de «improcedentes» a falta de aquella comunicación³⁰ o admitía la legalidad, sin más, de la extinción durante el período de prueba³¹.

²⁹ En los supuestos de maternidad, esto es, el parto y el puerperio, se daba insistentemente por hecho la comunicación, dado el funcionamiento de nuestro sistema de Seguridad Social.

³⁰ Como lo hace la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2004, recogiendo jurisprudencia de otros TSJ, en los siguientes términos: «Efectivamente, la norma que se dice infringida es clara en tanto en cuanto estas situaciones de embarazo que conllevan despido supondrían un despido nulo, pero también es verdad que fue en el acto de conciliación cuando la actora manifiesta estar embarazada y que este hecho, (...), se desconocía tanto por la Empresa como por la trabajadora. De esta manera, si la referida Empresa desconocía esta causa en el momento del despido, difícilmente se puede hablar de discriminación y de que la decisión empresarial estuviera motivada en ella, por lo que reconocida la improcedencia del despido, esta será la calificación del mismo, fijándose la indemnización en los términos previstos en el artículo 56 del ET, (...), criterio este mantenido, entre otras, por la sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Granada de 8 de enero de 2003 y del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2003».

³¹ Así lo hace la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2001, y la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2003, en términos de esta última, «en esencia, reiterado lo ya anticipado, se sigue sustentando que la determinación de la empresa de cesar a la actora dentro del período de prueba (que ya no se niega haber sido pactado) es una reacción discriminatoria y fraudulenta (que conduce a la pretendida nulidad) que se adoptó al conocer el estado de embarazo de la recurrente. Pero tal argumentación quiebra al estar acreditado que la empresa, absolutamente desconocedora con anterioridad del incipiente embarazo, la primera noticia que tuvo –por el

Efectivamente, semejante problemática se puso de manifiesto en reiterada jurisprudencia mayor³² y señaladamente menor o impropia³³, no uniforme o incluso contradictoria, habiéndose llegado, tras no pocas dudas, a una posición unificada.

esposo de la recurrente— fue la del aborto, por lo que no puede invocarse que se ha discriminado a la actora por un estado de eventual riesgo en el embarazo; ni la situación enervaba la posibilidad de hacer uso del pactado período de prueba, cuando lo único que la empresa conoció realmente fue una situación de no embarazo (tras el aborto, sin haber llegado a conocer el previo estado de gestación), lo que no afectaba a la facultad empresarial de decidir el cese dentro del plazo de 15 días establecido, ni hay indicio alguno reactivo que se haya tratado de encubrir apelando a tal período probatorio».

³² Según la STS de 26 de febrero de 2004: «La interpretación del artículo 55.5 del ET ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la "aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo", no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, "durante el período comprendido entre el comienzo de un 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 nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo"; cuando se despida a una trabajadora, "el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito". La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse "cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales". Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, (...), no es procedente plantear el problema que se puede suscitarse por el desconocimiento por la empresa del embarazo, (...). Se dice en el hecho probado vigésimo tercero que el día (...), "el superior jerárquico de la demandante comentó a don M... que la actora se encontraba embarazada". De este hecho no se puede deducir, en buena lógica, como lo hace la sentencia recurrida, que la empresa ignoraba el verdadero estado de la actora, cuando consta probado que su superior jerárquico en la empresa ya tenía noticia de ello dos días antes del despido, (...). Si, tal como consta, la demandante prestaba servicios como oficial de 1.ª administrativo y su superior jerárquico tuvo conocimiento anticipado del embarazo, era de esperar que esa noticia conocida en el departamento de administración llegara al área de RR.HH., que fue la que decidió después el despido (...). No sería razonable, en tal caso, exigir a la trabajadora que prestaba servicios para una sociedad anónima con una plantilla de 420 trabajadores, que diera conocimiento de su estado al jefe del Departamento de RR.HH. o al Consejo de Administración de la sociedad, siendo suficiente con que la noticia llegara al jefe superior de la actora. Partiendo de esa realidad, debe entenderse que la demandante quedó al amparo de lo previsto en los artículos 2 y 10 de la Directiva 92/85, para ser considerada como trabajadora embarazada y gozar de las garantías que esa norma y el artículo 55.5 del ET le dispensan, precepto este violado por la sentencia recurrida al no declarar la nulidad del despido, tal como se solicita en petición principal en la demanda. Es cierto que en la comunicación escrita del despido se imputan unos hechos que, aparentemente, no guardaban conexión con el embarazo, (...). En definitiva, y puesto que la trabajadora fue despedida por la empresa que conocía su estado de embarazo, y excluida la posibilidad de calificar el despido de procedente, con la aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET, tal despido es nulo».

³³ Así la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de febrero de 2005, indica: «El TS ha dictado sentencia el 26 de febrero de 2004 (...), resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina frente a una sentencia del TSJ de Madrid que declaró que para que entre en juego la protección reforzada que frente al despido brinda el precepto precitado, es preciso que la empresa conozca el estado de embarazo (...). La citada sentencia no termina de resolver la cuestión suscitada, consistente en determinar si para activar el juego del artículo 55.5 b) del ET es o no preciso el conocimiento por la empresa del estado de gravidez de la trabajadora. En efecto, en dicha sentencia, se presume que la empresa conoció el embarazo de la trabajadora (...), pero no responde (...) a la cuestión suscitada acerca de si es o no necesario el conocimiento del embarazo por la empresa para que el despido sea calificado de nulo, o si esa garantía legal opera o no en todo caso, con independencia del conocimiento por la empleadora del estado de la trabajadora, siendo indiferente en todo caso el propósito discriminatorio o no con que haya actuado». Continuando la meritada resolución jurisdiccional indicando que «en definitiva, no existe línea jurisprudencial ordinaria, ni constitucional, que permitan resolver la litis de manera contundente. Es por ello que esta Sala seguirá los precedentes de que dispone, en línea con otras resoluciones de otros TSJ. Se trata de reiterar que, para que la trabajadora embarazada goce de la protección que brinda el artículo 55.5 b) respecto del despido, calificándolo de nulo si no es procedente, no es preciso el conocimiento empresarial de tal estado ni el ánimo discriminatorio en la decisión de extinguir el contrato».

Parte la nueva posición jurisprudencial de que el tenor del artículo 55.5 b) del ET indica que «será nulo» el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, constituye, ni más ni menos, que la transposición a la legislación española del artículo 10 de la Directiva 92/85, la cual, en términos muy parecidos a los de dicho precepto, establece «como garantía para las trabajadoras» la «prohibición» del despido «durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad», y tras importantes consideraciones³⁴, concluye lo siguiente:

«La exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del artículo 55.5 b) del ET. Este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal *iuris et de iure* (art. 385.3 de la LEC) del móvil discriminatorio».

La expuesta protección a la trabajadora embarazada no padece porque tenga que comunicar, o al menos el empresario conocer, su estado de gravidez al empleador o empresario, pues, como advierte la misma jurisprudencia, «a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora solo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el artículo 55.5 b) del ET ha de apoyarse en un "hecho indicio", puesto que si no hay "hecho indicio" no puede haber presunción (art. 385.1 de la LEC). En el caso del artículo 55.5 b) del ET el

³⁴ Que fueron las siguientes: a) «El conocimiento por el empresario del estado de gestación como ingrediente del despido nulo de la mujer embarazada se apoya (...) en el principio de "seguridad jurídica" (art. 9.3 de la CE), lo que no sucede con la tesis contraria. El principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza (DRAE: "conocimiento seguro y claro de algo") del derecho. Pues bien, la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada» (baste con la cita de las SSTs de 19 de julio de 2006 y 14 de julio de 2007. El supuesto de hecho de esta última sentencia fue el de una trabajadora «que prestaba servicios como hornera-cajera desde el 29 de septiembre de 2004 para la empresa M., S.A., y conocía su estado de embarazo desde el 27 de diciembre de 2004, fue cesada con efectos del 7 de enero de 2005, sin que (...) se le notificase al empresario o este conociese dicho estado.» b) «Una razón adicional (...) combina un argumento de interpretación histórica con un argumento de interpretación conforme a Derecho Comunitario (pues siendo) una de las fuentes de inspiración de la Ley 39/1999 (...) la Directiva 92/85 (resulta que) esta disposición comunitaria enfoca también la "prohibición de despido" de la trabajadora embarazada (art. 10) como una norma cuyo propósito es no "desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo" y evitar que se atente contra la "igualdad de trato entre hombres y mujeres" (exposición de motivos), con lo que el móvil discriminatorio se eleva también a la condición de ingrediente necesario de la norma comunitaria de prohibición del despido de la mujer embarazada» (STS de 19 de julio de 2006); c) «Es más, a diferencia de lo que sucede en la legislación española (más favorable en este y en otros muchos aspectos de la protección de la maternidad que la normativa comunitaria de condiciones mínimas), la regulación de la Directiva 92/85/CEE exige por la vía indirecta de una definición *ad hoc* una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario, que es el deber de comunicación de la propia trabajadora embarazada. Así resulta de la "definición" de "trabajadora embarazada" que incluye el artículo 2 a) de la citada Directiva: "A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales"».

hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio».

En todo caso, matiza aquella jurisprudencia, «nuestro ordenamiento no exige la "comunicación" al empresario del estado de embarazo. Basta con que este tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo (este era por cierto el supuesto de STC 17/2003), para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurren razones que justifiquen la calificación de procedencia».

VI. LA ADOPCIÓN POR EL EMPRESARIO DE LA DECISIÓN DE DESPEDIR A UNA TRABAJADORA EMBARAZADA O QUE HA TENIDO UN HIJO. LOS ACTOS PREPARATORIOS DE SU SUSTITUCIÓN Y LA NOTIFICACIÓN DEL DESPIDO

1. Doctrina general.

Dado que la Directiva 92/85/CEE pretende impulsar la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, el Tribunal de Justicia comunitario ha venido declarando que la finalidad perseguida por las reglas del Derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz³⁵.

Recuerda el Alto Tribunal comunitario que ya antes de entrar en vigor la Directiva 92/85/CEE, había declarado que, en virtud del principio de no discriminación, debía reconocerse a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo, pues un despido durante esos períodos solo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo³⁶.

Precisamente, se indica en la sentencia objeto de comentario, en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, que el legislador comunitario ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido (al que no puede privarse de su alcance, so pena de desvirtuar el efecto útil

³⁵ STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, McKenna.

³⁶ SSTJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-179/88, C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, de 30 de junio de 1998; asunto C-394/96, Brown, y de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03 McKenna.

de la Directiva) durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad ³⁷.

Por lo anteriormente expuesto y habida cuenta de los objetivos perseguidos por la Directiva 92/85/CEE (en concreto, de los perseguidos por su art. 10), el Alto Tribunal comunitario procede a efectuar, en la sentencia objeto de comentario, la siguiente, y desde luego trascendentes, declaraciones:

- a) «La prohibición de despido, durante el período de protección, de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia no se limita a la notificación de la decisión de despido. La protección que esa disposición confiere a estas trabajadoras excluye tanto la adopción de una decisión de despido, los actos preparatorios del despido, así como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo».
- b) «La adopción de tal decisión durante ese período, aun sin producirse la notificación, y los preparativos para la sustitución definitiva de esa trabajadora por las mismas causas», son contrarios al Derecho comunitario.

Es la adopción de la decisión misma de despedir a una trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo conexas de alguna manera con esas circunstancias personales, el proceso mismo intelectual terminado o acabado que conforma una decisión (una voluntad decidida), el/la que es contrario/a al Derecho comunitario, sin consideración a que se notifique no tal decisión y mucho menos a que efectivamente se lleve a afecto la comunicación o notificación del despido dentro del período de protección establecido legalmente.

Puede argüirse contra semejante declaración del Tribunal de Justicia comunitario que aquella adopción en tanto que pertenece a la voluntad interna o no declarada, carece de relieve y efectos jurídicos, lo cual es cierto. No obstante si en algún momento se actualiza (notifica o comunica a la trabajadora), basta que aquella voluntad interna y no declarada se hubiese formado durante el período de protección indicado, para que el despido sea contrario al Derecho comunitario. Cuestión diferente a esa consecuencia de Derecho sustantivo es el de la prueba de tal voluntad interna, que, desde luego, no será fácil y deberá generalmente de procurarse mediante deducción por determinados indicios, a salvo la del propio empresario.

La mera realización de preparativos para sustituir definitivamente, o despedir, a una trabajadora embarazada o que hubiera tenido un hijo, en conexión directa por indirecta con su embarazo o su maternidad, ha de inscribirse en ese mismo razonamiento. Efectivamente la infracción del Derecho comunitario por aquellos actos preparatorios o de sustitución definitiva de la trabajadora embarazada o que ha tenido un hijo, conexos con su embarazo o maternidad, se produce porque no son más que la manifestación indubitada de aquella voluntad interna o no declara formalmente de despedir o prescindir definitivamente de tal trabajadora, contraria al Derecho comunitario.

³⁷ SSTJCE de 14 de julio de 1994, asunto C-32/93, Webb; de 30 junio de 1998, asunto C-394/96 Brown; de 4 de octubre de 2001, asunto C-109/00, Tele Danmark, y de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03 McKenna.

Cualquier otra interpretación de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, añade el Alto Tribunal comunitario,

«Restringiría la extensión de la protección concedida por el Derecho comunitario a las mujeres embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, y ello en contra de la estructura y evolución de las reglas del Derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres en este campo.»

Por ello:

«Es contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, cualquiera que sea el momento en que se notifique, la decisión de despido de una trabajadora embarazada o que haya a dado luz a un hijo, incluso si se notifica una vez finalizado el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE.»

Como corolario o consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia comunitario, en la sentencia que es objeto de comentario, concluye lo siguiente:

- a) La notificación de una decisión de despido, adoptada a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, a una trabajadora durante el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, la adopción de tal decisión durante ese período, aun sin producirse la notificación, y los preparativos para la sustitución definitiva de esa trabajadora por las mismas causas son contrarios a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, así como al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE.
- b) «El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección al que se refiere el apartado 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período».
- c) «Carece de pertinencia el hecho de que la decisión del despido se notifique una vez finalizado el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE».

En efecto, confirma el Tribunal de Justicia comunitario en la sentencia que se comenta:

«Un empresario, como el del litigio en el procedimiento principal, que decide sustituir a una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a causa de su estado, y que toma iniciativas concretas para su sustitución desde el momento en que tiene conocimiento de su embarazo, persigue exactamente el objetivo que prohíbe la Directiva 92/85/CEE, a saber, despedir a una trabajadora a causa de su estado de embarazo o del nacimiento de un hijo.»

Consiguientemente, apostilla el Alto Tribunal comunitario en la sentencia que se comenta, «una interpretación contraria que limite la prohibición de despido solamente a la notificación de una decisión de despido durante el período de protección al que se refiere el artículo 10 de la Directiva

92/85/CEE, privaría a este artículo de su efecto útil y podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios, en detrimento de los derechos reconocidos por la Directiva 92/85/CEE a las mujeres embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia». Todo lo expuesto, sin embargo, se precisa en la sentencia que se comenta:

No obsta a que «una trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia, (pueda) ser despedida, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE, durante el período de protección al que se refiere esta disposición en casos excepcionales no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones o prácticas nacionales».

2. La cuestión de la carga de la prueba.

Se aborda también en la sentencia que se comenta la crucial cuestión de la carga de la prueba en este tipo de procesos, indicándose que corresponde al órgano jurisdiccional nacional aplicar las disposiciones pertinentes de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997^{38, 39}, que se aplica a las situaciones contempladas en la Directiva 92/85/CEE en la medida en que exista discriminación por razón de sexo.

De aquella norma procesal⁴⁰, según se indica en la sentencia objeto de comentario, se desprende que, «cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato y presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato».

Pues, precisa la sentencia objeto de comentario, dado que «se debe reconocer a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. Consiguientemente, el despido de una trabajadora durante su embarazo o su permiso de maternidad por razones conexas con el embarazo o el nacimiento de un hijo constituye una discriminación directa por razón de sexo contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE».

VII. INDEMNIZACIONES DEBIDAS POR INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS COMUNITARIAS PROTECTORAS DE LA MUJER EMBARAZADA O QUE HA TENIDO UN HIJO

Habida cuenta que el objetivo perseguido por las reglas del Derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que

³⁸ Relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

³⁹ Artículo 3, apartado 1, letra a.

⁴⁰ Artículo 4, apartado 1.

hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz ⁴¹, se recuerda en la sentencia objeto de comentario, que los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación por esas circunstancias ⁴², pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, y que tal obligación implica que las medidas de que se trata:

- Sean suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva 76/207/CEE.
- Puedan ser efectivamente invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por las personas afectadas ⁴³.

Ciertamente, en virtud de aquella norma comunitaria (Directiva 76/207/CEE ⁴⁴) no se impone a los Estados miembros «una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo de la Directiva 76/207/CEE, en función de las distintas situaciones que puedan presentarse» ⁴⁵.

No obstante, indica el Alto Tribunal comunitario, teniendo en cuenta que «el objetivo es lograr la igualdad efectiva de oportunidades y, por tanto, no puede alcanzarse sin las medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada», añade, dichas medidas:

Deben garantizar una tutela judicial efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario ⁴⁶.

Por todo ello, y considerando que el despido de una trabajadora embarazada o que haya tenido un hijo, por alguna de esas causas, constituiría una violación del cardinal principio de igualdad:

Cuando la reparación pecuniaria (sea) la medida adoptada para alcanzar el objetivo antes indicado, debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables ⁴⁷.

Recuerda la sentencia objeto de comentario que conforme a la Directiva 92/85/CEE ⁴⁸, los Estados miembros también tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que cualquier

⁴¹ STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, McKenna.

⁴² Y por ello contraria a los artículos 2, apartado 1 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE.

⁴³ STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, Marshall.

⁴⁴ Artículo 6.

⁴⁵ SSTJCE de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, von Colson y Kamann, y de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, Marshall.

⁴⁶ STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, Marshall.

⁴⁷ Véase nota anterior.

⁴⁸ Artículo 12.

persona que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Directiva ⁴⁹ pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

Precisamente el artículo 10, punto 3, de la Directiva 92/85/CEE establece específicamente que «los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1 de este último».

Aun reconociendo el Alto Tribunal comunitario «que los Estados miembros no tienen la obligación ⁵⁰ de adoptar una medida determinada, la medida elegida:

- Debe permitir que se garantice una tutela judicial efectiva y eficaz.
- Debe tener un efecto disuasorio real frente al empresario y, en todo caso,
- Debe ser adecuada en relación con el perjuicio sufrido».

Cuando resulta que, en virtud de la Directiva 92/85/CEE ⁵¹ y para cumplir con lo exigido en la jurisprudencia comunitaria en materia de sanciones, un Estado miembro elige sancionar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese artículo 10 con una indemnización pecuniaria determinada:

- Tal elección «implica que la medida elegida por ese Estado miembro en caso de incumplimiento, en idénticas circunstancias, de la prohibición de discriminación ⁵² debe ser, como poco, equivalente» ⁵³.
- Los Estados miembros «deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares ⁵⁴. Este razonamiento se aplica *mutatis mutandis* a aquellas violaciones del Derecho comunitario que tengan una naturaleza y una importancia similares».

⁴⁹ Incluidas las que se desprenden del artículo 10.

⁵⁰ Ni en virtud del artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE ni en virtud del artículo 12 de la Directiva 92/85/CEE.

⁵¹ Artículos 10 y 12.

⁵² Establecida en los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE.

⁵³ Por ello, se indica la sentencia objeto de comentario, cuando «la indemnización elegida por un Estado miembro en virtud del artículo 12 de la Directiva 92/85/CEE se considera necesaria para proteger a las trabajadoras de que se trata, es difícil comprender cómo una indemnización más pequeña, adoptada para dar cumplimiento al artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE, podría considerarse adecuada en relación con el perjuicio sufrido, si dicho perjuicio consiste en un despido en circunstancias idénticas y es contrario a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de esta última Directiva».

⁵⁴ SSTJCE de 21 de septiembre de 1989, asunto 68/88, Comisión/Grèce, y de 22 de abril de 1997, asunto C-180/95, Draehmpaehl.

VIII. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario e inscribe en la meritoria trayectoria de la jurisprudencia comunitaria, de mejora constante de la protección de la maternidad y del niño (hijo), que sirve de contrapeso al relativismo ético o moral, social y público, occidental, responsable, a la postre, de una indisimulable relajación de las medidas protectoras que la razón demanda y que son incuestionablemente necesarias para la propia supervivencia de las sociedades y la mejor cultura que el *homo sapiens sapiens* haya alcanzado jamás (la cultura occidental), y en buena medida definidora de ese grado de evolución de los homínidos.

Esta sentencia merece el elogio, pues constituye un paso adelante inestimable, en la protección de la maternidad y del niño, su afirmación de que la prohibición de despido, de la mujer embarazada o que ha tenido un hijo, durante los períodos de protección mínimos que ordena el Derecho comunitario, más amplios establezcan las leyes de los Estados miembros, abarca tanto la adopción por el empleador (empresario) de la decisión de su despido como la realización de cualesquiera actos preparatorios del mismo, con independencia de que se comunique aquel acto extintivo a la trabajadora dentro o fuera del indicado período de protección.