

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid*

*Letrado de la Seguridad Social. Académico correspondiente
de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

(Comentario a la STJCE, de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03) *

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) con fecha 8 de septiembre de 2005 ha dictado la sentencia objeto de comentario, que compendia la jurisprudencia comunitaria en materia de protección laboral de la mujer trabajadora durante la maternidad. Singularmente destacable de la misma es el tratamiento conjunto que lleva a efecto de aspectos tan diversos, al menos aparentemente, como son el despido y las remuneraciones/prestaciones debidas a las trabajadoras durante el embarazo y el período de descanso por maternidad, siendo criticable sin embargo el desgajamiento que efectúa, respecto de aquel conjunto, de las enfermedades y demás complicaciones o patologías que, derivadas del embarazo, el parto o el puerperio, aparezcan o se prolonguen más allá de los períodos legalmente establecidos de descanso de maternidad, en cada ordenamiento jurídico nacional, dándoles un tratamiento diferente y comparativamente desfavorable.

Ciertamente aquellas materias laborales (despido, remuneraciones y prestaciones sociales) tienen una regulación compleja en el Derecho comunitario. No obstante tal circunstancia debería conciliarse con la situación de maternidad (concebida como un estado biológico dotado de unidad sustancial), lo que habría de conferirles un cierto tratamiento jurídico semejante, cuando no idéntico, en las diversas situaciones que componen la maternidad, lo que no sucede en la legislación comunitaria habida cuenta de la interpretación de la misma efectuada por la sentencia objeto de comentario. Con la grave consecuencia dado que la regulación comunitaria está contenida fundamental-

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 272, noviembre 2005.

mente en normas de armonización (esto es Directivas) y la no irreprochable interpretación que de aquel sector del ordenamiento jurídico-comunitario que se contiene en la jurisprudencia comunitaria recogida en la sentencia objeto de comentario, de una negativa incidencia en los ordenamientos internos de cada uno de los Estados miembros, que repiten los defectos de aquella legislación y jurisprudencia en las respectivas normas de transposición.

En el Derecho comunitario la normativa a tomar en consideración está contenida en el artículo 141 CE, apartados 2 y 3, y en las Directivas 75/117, 76/207 y 92/85. Toda aquella normativa, y en lo que hace relación con la maternidad de las mujeres trabajadoras, ha sido objeto de una amplia interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia comunitario. Lo novedoso de la sentencia objeto de comentario es que agrupa y sistematiza, en buena medida, toda aquella jurisprudencia, mejorándola en algún aspecto muy concreto, por más que se pueda estar de acuerdo o no con su contenido.

Para una acabada comprensión de la sentencia objeto de comentario necesariamente ha de traerse a colación el contenido de la normativa citada, bien que únicamente en lo atinente a las cuestiones objeto de atención en esta resolución de la justicia comunitaria. Así cabe precisar que el contenido relevante al caso, correspondiente a los apartados 1 y 2 del artículo 141 CE, es del siguiente tenor:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. (...)

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.»

La Directiva 75/117/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 establece, en su artículo 1.º, párrafo primero lo siguiente:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo (141) del Tratado, (...), implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.»

En sus artículos 3.º y 4.º, la misma Directiva prevé, respectivamente, que «los Estados miembros suprimirán las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución», y que «tomarán las medidas necesarias para que las disposiciones que figuran en los convenios colectivos, baremos o acuerdos salariales, o contratos individuales de trabajo, y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución, sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas».

El contenido de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, que tiene por objeto «la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y (...) a la Seguridad Social», en lo referente a la materia objeto de atención en la sentencia que se comenta, es el que a continuación se indica.

Según su artículo 2.º 1, «el principio de igualdad de trato 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» (entendiéndose por discriminación directa, «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo» y, por discriminación indirecta, «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios»).

Indica en su artículo 2.º 7 lo siguiente: «La (...) Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad. La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva».

Con anterioridad a la modificación de esta Directiva por la 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, el artículo 2.º contenía un apartado 3, que se estimó pertinente al caso por la sentencia objeto de comentario habida cuenta de los hechos del litigio principal determinante de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia comunitario, y cuyo tenor era el siguiente: «La presente Directiva no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad».

Estableciendo en su artículo 2.º 8 la indicada Directiva 76/207 que «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres» y en su artículo 3.º 1 que «la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: (...) c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE».

En su artículo 3.º 2, indica que «para ello, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que: a) se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato; b) se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales».

La Directiva referida contenía un artículo 5.º (derogado por la Directiva 2002/73, y que es citado y tomado en consideración en la sentencia objeto de comentario en base al mismo argumento que respecto del derogado apartado 3 del art. 2.º), del siguiente tenor:

«1. 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 los hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

2. Para ello los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

- a) Se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.
- b) Se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes.»

La Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, vincula la protección de la maternidad a la seguridad y

salud en el trabajo, con un contenido relevante a los efectos de la sentencia objeto de comentario, bien que esta resolución jurisdiccional se refiera únicamente de forma incidental a esta Directiva (según explica por la fecha de los hechos del litigio principal origen de la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia comunitario), cuando ésta era la norma que debería haberse tomado en consideración principalmente por la sentencia objeto de comentario, pues si bien no era aplicable en la fecha de los hechos del litigio principal, como éste está en suspenso (para dictar sentencia) la espera de la sentencia objeto de comentario, como en ese interregno ya resultaba aplicable esta Directiva, a ella debió de atener el Tribunal de Justicia, o en todo caso a procurar una interpretación de la normativa anterior acorde con el contenido de esta Directiva 92/85, la cual establece en sus artículos 8.º, 9.º y 10 la siguiente regulación.

En su artículo 8.º (titulado «permiso de maternidad»), apartado 1, se señala que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras (embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia) disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales», y en su apartado 2 que «el permiso de maternidad (...) deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». El artículo 9.º (sobre «permiso para exámenes prenatales»), indica que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas (...) disfruten, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo».

Determina su artículo 10 (referido a la prohibición de despido) que «como garantía para las trabajadoras (embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia), del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos»,

«1. Los Estados miembros tomarán 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 y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2. Cuando se despida a una trabajadora (embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia), el empresario deberá dar motivos justificados del despido por escrito.

3. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras (embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia), contra las consecuencias un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.»

II. DESPIDO Y PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La sentencia que se comenta toma como punto de referencia de todo su desarrollo argumentativo la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y desde esa regulación jurídico-comunitaria se adentra, con sólo relativa fortuna, en la cuestión del despido como consecuencia de afecciones ligadas al embarazo, al parto o al puerperio y anteriores o posteriores, respectivamente, a las fechas señaladas en las normas comunitarias y nacionales, como de descanso para la mujer trabajadora en aquellos estados biológicos. Sin embargo no toma como referencia, con unos resultados catastróficos, aquella prohibición de despido en la normativa comunitaria de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, para determinar los derechos retributivos y prestacionales de las mujeres trabajadoras afectadas por patologías derivadas de aquellos estados biológicos, anteriores o posteriores, respectivamente a los períodos establecidos en la legislación comunitaria y normativas nacionales como de descanso de maternidad.

Parte la sentencia objeto de comentario de que *«el Derecho comunitario garantiza, de entrada, una protección específica frente al despido hasta el final del permiso de maternidad»*, de tal manera que tanto *«durante el permiso por maternidad la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia»*, como desde el inicio del embarazo, esto es, antes del comienzo del período de descanso por maternidad, la mujer trabajadora está protegida contra el despido.

Respecto de la prohibición de despido de la trabajadora encinta durante el período de tiempo anterior a que hubiere comenzado a disfrutar del período legalmente establecido como de descanso de maternidad, destaca la sentencia objeto de comentario que ya la jurisprudencia comunitaria, en su sentencia de 8 de noviembre de 1990 ¹, estableció la prohibición de despido de la mujer embarazada.

Efectivamente en aquella sentencia el Tribunal de Justicia comunitario indicó que *«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»*. No obstante la mejora en la protección de la maternidad que supuso aquella resolución del Alto Tribunal, la sentencia objeto de comentario supone un incremento, bien que matizado, de la protección de la mujer durante la maternidad, pues si bien en aquella sentencia de 8 de noviembre de 1990 se precisaba 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»*, en la sentencia objeto de comentario se afirma a que *sólo 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*.

¹ Asunto C-179/88 Handels-og Kontorfunktionerernes Forbunmf i Danmark y Dansk Arbejdsgiverforening.

Ciertamente la sentencia que se comenta se inspira en la Directiva 92/85 para afirmar tan rotunda protección. Así lo manifiesta explícitamente cuando indica que «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/CE (...) ha establecido la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad».

No obstante aquella relativa mejora de la protección de la mujer durante la maternidad (esto es la trabajadora embarazada o que hubiere dado a luz) frente al despido, respecto de la situación jurisprudencial comunitaria anterior, que supone la sentencia objeto de comentario, 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, mantiene 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, la sentencia objeto de comentario, continúa su discurso indicando que, sin embargo «*si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso de maternidad*, el Tribunal de Justicia ha juzgado que *no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad* y ha considerado que *a tal estado patológico se aplica el régimen general en caso de enfermedad*. Ante este tipo de situación, ha deducido que *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*». Aquí el Tribunal de Justicia no hace sino repetir el contenido de una jurisprudencia comunitaria ya consolidada, pero que no puede conspirarse vigente.

En la ya citada sentencia del Alto Tribunal comunitario de 8 de noviembre de 1990 ya había establecido 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». Aquella doctrina jurisprudencial comunitaria enfocaba la protección de la maternidad exclusivamente desde la no discriminación por razón de sexo, no desde la protección de la salud y seguridad en el trabajo de la mujer trabajadora embarazada o que hubiere dado a luz. Esto es desde la Directiva 76/207 y no desde la Directiva 92/85, por ello precisaba la indicada sentencia del Alto Tribunal comunitario de 8 de noviembre de 1990, que «*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 (...) en tal caso no procede plantearse la cuestión de si las mujeres se ausentan más a menudo por enfermedad que los hombres ni, por consiguiente, si existe una posible discriminación indirecta», concluyendo que la Directiva 76/207 «*no constituye obstáculo para los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto*».

La sentencia objeto de comentario se mantiene anclada, fundamentalmente, en aquella misma perspectiva de la no discriminación por razón de sexo, en cuanto a las enfermedades que teniendo su origen en el embarazo, en el parto o en el puerperio, asoman o se presentan después de agotado el período de descanso por maternidad, no obstante el cambio fundamental habido en la legislación comunitaria. Es cierto que para los despidos de la trabajadora durante aquellos períodos posteriores al de descanso por maternidad, no se puede encontrar una base jurídica inequívoca, como respecto de ese período, en la Directiva 92/85, pero también es cierto que la Directiva 92/85 establece la prohibición de despido, como regla general, desde el mismo inicio del embarazo, esto es «durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad», literalmente, de ahí que la búsqueda de apoyo argumentativo por la sentencia objeto de comentario en la jurisprudencia anterior y en la indicada norma comunitaria relativa a la prohibición de discriminación por razón de sexo (Directiva 76/207) para las enfermedades asociadas o vinculadas al embarazo, parto y puerperio y que aparezcan tras el período de descanso por maternidad no sea de recibo. Por más que se resuelva en una cuestión teórica de sólo relativo alcance práctico.

Respecto de las enfermedades ligadas al parto o al embarazo que surgen después de la expiración del período de descanso por maternidad el Tribunal de Justicia comunitario podía haber efectuado una aplicación analógica de la protección otorgada desde el inicio del embarazo hasta la finalización del período de descanso de maternidad en Directiva 92/85 ². Además debería haber considerado

² El Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-394/96, conclusiones 20 a 22, efectúa las siguientes consideraciones:

«20. 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 y 92/85, a la luz del contenido de sus disposiciones y de su finalidad (...); 21. La Directiva 76/207, 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 a 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.º y consisten, concretamente, en las actividades profesionales para las que el sexo constituye una condición determinante en razón de su 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; 22. La Directiva 92/85, 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 de los artículos 1.º y 6.º 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 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, 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.»

que una vez incorporada al derecho interno de los Estados miembros la prohibición que establece el artículo 10 de la Directiva 92/85, ya no cabe aplicar el artículo 5.º de la Directiva 76/207, que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, a los casos en los que una mujer haya sido despedida mientras estaba embarazada ³.

Habiendo transcurrido ya ampliamente el plazo establecido para la adaptación de los derechos nacionales al contenido de la Directiva ⁴ en el momento de dictarse la sentencia objeto de comentario y, reuniendo su regulación relativa al despido de la trabajadora embarazada los requisitos necesarios para su aplicación directa (deducirse un derecho subjetivo e incondicionado) debería haberse aplicado aquella norma por el Tribunal de Justicia comunitario. La circunstancia de que cuando se produjeron los hechos del litigio principal (origen de la cuestión prejudicial) no resultara aplicable la Directiva 92/85 no empece a su aplicación por la sentencia objeto de comentario, pues, como ya se indicó, aquel litigio principal se encontraba en suspenso (a falta de la sentencia objeto de comentario para dictar sentencia) ⁵ y, aun cuando no le hubiere planteado el Tribunal remitente de la cuestión de prejudicialidad cuestión alguna ⁶ sobre la interpretación de la Directiva 92/85, el Tribunal de Justicia comunitario debió advertirle sobre su aplicabilidad por mor de la conocida como «retroactividad media».

Sin reparar en las consideraciones anteriores, la sentencia objeto de comentario se fundamenta en jurisprudencia anterior del mismo Alto Tribunal ⁷, sin atender a los cambios de política jurídico-comunitaria y sociales habidos desde entonces. En esa perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo, indica en esa doctrina que «*el despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la*

³ Siguiendo el contenido de la conclusión 23 del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-394/96.

⁴ Según su artículo 14.1 (Disposiciones finales), «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar dos años después de su adopción o se asegurarán, a más tardar dos años después de la adopción, que los interlocutores sociales apliquen las disposiciones necesarias, mediante convenios colectivos; los Estados miembros deberán tomar todas las medidas necesarias para poder en cualquier momento garantizar los resultados que pretende la presente Directiva».

⁵ Extremo que se expone claramente en la «Nota Informativa» del Tribunal de Justicia comunitario publicada en el DOUE (serie C núm. 143) de 11 de junio de 2005.

⁶ Extremo que procede remitirse a la «Nota Informativa» publicada en el DOUE (serie C núm. 143) de 11 de junio de 2005.

⁷ Según esa jurisprudencia (STJCE de 30 de junio de 1998):

- a) «En efecto (...) el despido de una trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionada con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo. Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y, por tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo. De ello se desprende que el apartado 1 del artículo 2.º y el apartado 1 del artículo 5.º de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por dicho embarazo.»
- b) «En cambio, en la medida en que aparezca tras el permiso por maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad (...). En tal situación, la única cuestión es si las ausencias de la trabajadora posteriores al permiso de maternidad y motivadas por la incapacidad resultante de dichos trastornos son tratadas de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral de idéntica duración; si es así, no existe discriminación basada en el sexo».

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 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 en 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 éste. Dichos trastornos y complicaciones pueden implicar una incapacidad laboral».

En esa jurisprudencia anterior también alude el Alto Tribunal comunitario sólo incidental y limitadamente a la Directiva 92/85, tal y como la hace en la sentencia objeto de comentario, indicando que, *«precisamente 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 encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador comunitario, con arreglo al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE (...) ha previsto ulteriormente una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. En efecto el artículo 10 de la Directiva 92/85 no ha previsto ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta durante dicho período, salvo los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada».* Pero no propone, en absoluto, ninguna aplicación analógica de dicha Directiva para prohibir el despido por ausencias debidas a enfermedades ligadas al embarazo o parto pero que continúan o surgen después de finalizado el estado de maternidad.

Concluyendo de manera no irreprochable que *«cuando una trabajadora está ausente debido 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 sólo 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».*

Con más que cuestionable o dudoso acierto, el Tribunal de Justicia comunitario, en la sentencia objeto de comentario sigue su doctrina jurisprudencial anterior, estableciendo una distinción fundamental entre los indicados momentos de la maternidad (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 a embarazo y que comience antes del permiso por maternidad, el Tribunal de Justicia ha señalado que 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 éste (...), los trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes a ese embarazo y, por tanto comparten la especificada de éste».

Continuando, «en consecuencia», que *«la protección contra el despido debe ser reconocida a la mujer no sólo durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo»,* y 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».* Reiterando su doctrina anterior, y según la cual, *«el despido sólo puede afectar a las mujeres y, por tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo».*

Añadiendo que ese despido también está prohibido por la Directiva 92/85, pero lo hace a modo de apóstrofe cuando, según ya se indicó, es la norma que debería haber tomado como nuclear en la protección de la maternidad, y desde ella llevar a efecto una protección íntegra de la maternidad, sin interferencias de la Directiva 76/207, pues, en otro caso, el resultado, como no podía ser menos, ha de resultar, y así fue, el de limitar indebidamente el alcance de la protección de la Directiva 92/85 ⁸.

⁸ Esa posición del Tribunal de Justicia comunitario ha trascendido su propia jurisprudencia contagiándose a la de los más Altos Tribunales nacionales, así nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2003, de 30 de enero, indica lo siguiente: «La prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo (STC 229/1992, de 14 de diciembre).

Centrada la cuestión de la denunciada discriminación en el embarazo (...) se ha de recordar que, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de mantener, la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio, o 20/2001, de 29 de enero). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 240/1999, de 20 de diciembre; 20/2001, de 29 de enero, o 41/2002, de 25 de febrero). De otro modo quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo del colectivo femenino y particularmente, en lo que esta vez importa, la continuidad en el empleo por la maternidad) y, de la misma manera, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España, de cuyo valor interpretativo de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE). Por ello, *partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE*, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la rela-

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 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.»

La diferenciación que se establece en la sentencia objeto de comentario, y que no es más que reflejo del resultado a que ha llegado la jurisprudencia del mismo Tribunal de Justicia comunitario tras una más o menos larga evolución, respecto del despido de la trabajadora por causas asociadas al embarazo, al parto o al puerperio, entre los períodos del inicio del embarazo hasta la finalización

ción laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales, como el despido (STC 136/1996, de 23 de julio), pues la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo.

En consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

El examen de la normativa que, *ex artículo 10.2 CE*, sirve de fuente interpretativa del artículo 14 CE corrobora la amplitud de esa protección, como recordábamos en nuestra reciente STC 41/2002, de 25 de febrero. En efecto, el artículo 5.º d) del *Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982*, señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El *Ordenamiento comunitario recoge soluciones análogas. De la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz, y de 14 de julio de 1994, asunto Webb), aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark). La protección de esa Directiva frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye, como es sabido, otras muchas situaciones aunque tengan menor conexión con el caso que ahora analizamos. Por ejemplo, protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown); ampara a la empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o indefinido el contrato (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark); prohíbe la no contratación debida al embarazo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker) o la no renovación por esa causa (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto Mahlburg), y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann-Beltermann).*

Por su parte, el artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE –de efecto directo cuando un Estado miembro no ha adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), lo que no se tuvo en consideración en el caso de autos–, establece la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad (espacio temporal sobre el que en su totalidad se extiende la protección, STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown), salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada. Recientemente nuestra normativa interna, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ha incorporado esas disposiciones, sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al empresario.

La protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo tiene, así pues, fundamento constitucional, reflejo en las normas legales y sustento, *ex artículo 10.2 CE*, en las fuentes interpretativas del artículo 14 CE.»

del permiso de maternidad y con posterioridad a éste, difícilmente comprensible, como demuestran las cavilaciones al respecto del Abogado General ⁹ expuestas en sus conclusiones en el caso Dekker Hertz ¹⁰, y que constituyen «una reflexión general inapreciable sobre la maternidad y sobre el lugar que debe reservársele, a la luz del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en la vida económica y social de las sociedades europeas que sigue teniendo hoy día la misma actualidad» ¹¹.

Aquel Abogado General se cuestionaba lo siguiente, *¿cómo considerar los períodos de enfermedad sobrevenidos tras el descanso por maternidad, pero que tienen directamente su causa en el embarazo y el parto?, ¿es necesario o no aplicarles el régimen en cierto sentido de derecho común de las bajas por enfermedad?, habiendo estado tentado, según propia manifestación, de proponer al Tribunal una solución tal que los estados patológicos que fueran consecuencia directa, cierta y preponderante del embarazo o del parto gozaran de una especie de inmunidad, en el sentido de que el principio de igualdad de trato se oponía a la posibilidad de que el empresario durante un plazo razonable a contar desde la maternidad, aunque excediese del plazo de descanso de maternidad, despidiese a la empleada.*

No obstante aquel Abogado General, desde un pragmatismo teñido de economicismo y una dudosa presunción *homini* llegó a conclusiones desafortunadas. En el primer aspecto toma en consideración que cuando las complicaciones provocadas por el parto son muy graves la trabajadora podría permanecer incapacitada para el trabajo largos años sin que el empresario pudiera despedirla, lo cual no le pareció razonable, y en el segundo aspecto consideró que solución protectora para sólo algunas mujeres que pudiesen tener graves dificultades posnatales podría acarrear un grave peligro para el conjunto de las mujeres que desearan y necesitasen acceder al mercado laboral.

Por todo ello *concluyó que cuando la trabajadora haya agotado todas las posibilidades legales de baja por maternidad, las bajas por enfermedad, aunque ésta tenga su origen en el embarazo o en el parto, no pueden entenderse comprendidas entre los riesgos normales de la maternidad y, en consecuencia, deben considerarse del mismo modo que la de cualquier otro trabajador*, salvo que el legislador nacional haya establecido una protección específica basándose en el apartado 3 del artículo 2.º de la Directiva 76/207. El Tribunal de Justicia atendió en su resolución a esta opinión.

En todo caso, sin cuestionarse la procedencia o improcedencia de aplicar la Directiva 76/207 a los supuestos de despidos vinculados a la maternidad y atendiendo únicamente al hecho cierto de la aplicación que de la misma efectúa el Tribunal de Justicia comunitario, *conviene reasaltar, de entre aquella (confusa) jurisprudencia comunitaria, «la antinomia entre las sentencias Dekker y*

⁹ Sr. Darmon.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1990.

¹¹ Como indica el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-394/96, en sus conclusiones 28 y ss., al que seguimos en esta exposición de las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon.

Hartz», consistente en que «en la primera el Tribunal calificó de discriminación directa la negativa a contratar debida al embarazo, ya que sólo puede oponerse a las mujeres, mientras que, en la segunda, afirmó que, a los efectos de proceder a un despido, si aparece tras el descanso por maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra, cuando es evidente que únicamente las mujeres pueden estar aquejadas de una enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto»¹².

Según el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer¹³ «esa antinomia sólo puede salvarse interpretando que la razón para esta distinción reside en que, una vez ha dado a luz y ha finalizado su descanso por maternidad, la mujer no se halla ya en un estado fisiológicamente distinto de los trabajadores de sexo masculino y que, a partir de ese momento, ya no procede distinguir en función del origen de la enfermedad. Constituiría, desde luego un privilegio contrario al principio de igualdad de trato el que una trabajadora, por el hecho de haber dado a luz en algún momento de su vida, pudiera reivindicar una especie de seguro contra despidos durante el resto de su carrera laboral». Modo de salvar la antinomia descrita que se vincula a la aplicación únicamente de la Directiva 76/207 a la protección de la maternidad, siendo así que aquella Directiva no tiene por objeto proteger a ningún colectivo de trabajadores/as en ninguna situación específica.

Pero aquella antinomia no surge si se toma en consideración, como procede, la Directiva 92/85, y siendo posible su aplicación analógica a las situaciones de baja por enfermedades ligadas al embarazo o al parto, y que surge con posterioridad al período de descanso de maternidad. Por contra de lo que sucede con la aplicación de la Directiva 76/207 que, inevitablemente, lleva a la antinomia referida y obliga a la solución postulada por el Abogado General de «trazar una línea en el momento en que finaliza el período de descanso por maternidad. A partir de ahí, cualquier enfermedad que sufra una mujer, tenga o no origen obstétrico, dependerá del régimen general aplicable a todos los trabajadores»¹⁴. Solución que no obstante apoyó en la Directiva 76/207, violenta el propósito de la Directiva 92/85, al menos si esa enfermedad vinculada al embarazo, parto o puerperio, que se presenta una vez finalizado el período de descanso de maternidad, está cercana en el tiempo al parto.

El Tribunal de Justicia sin tomar en consideración la relativa incompatibilidad de las Directivas 76/207 y 92/85, y otorgando equivocadamente preponderancia a la primera sobre la segunda¹⁵, establece que «en el estado actual del Derecho comunitario», una trabajadora:

¹² Como precisa el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-394/96, en su conclusión 39.

¹³ Asunto C-394/96, en su conclusión 39.

¹⁴ Conclusión 44 del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-394/96.

¹⁵ Así se establece claramente en la exposición de motivos de la Directivas 92/85 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».

- *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;*
- *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.*

Hasta aquí la jurisprudencia comunitaria que hemos referido contempla aquellas situaciones biomédicas, posteriores al período de descanso de maternidad, que impiden trabajar a la mujer como incidencias patológicas derivadas del embarazo, parto o puerperio y por ello, asimilables, según la sentencia objeto de comentario a la enfermedad común.

Sin perjuicio de que aun siendo aquellas situaciones, aparecidas o continuadas tras el período de descanso de maternidad, consideradas enfermedades o procesos patológicos, por tener su origen en el embarazo, parto o puerperio, deberán ser tratadas de igual manera que aquellos que acontecen en el período que va desde el inicio del embarazo hasta la finalización del descanso de maternidad a los efectos de protección a la mujer trabajadora frente al despido (que consiguientemente deberá ser declarado nulo con nulidad radical), lo cierto es que aquellas situaciones o incidencias también pueden no ser enfermedades o procesos patológicos, sino consecuencias naturalmente derivadas del embarazo, parto o puerperio, dada la idiosincrasia de cada mujer trabajadora.

Admitido a efectos puramente dialécticos, la diferenciación entre procesos patológicos y no patológicos para las incapacidades para el trabajo originadas tras el período de descanso de maternidad o que se prolonguen tras la finalización del mismo, es lo cierto que para aquellas incidencias no patológicas ya no cabrá el razonamiento de la equiparación a la enfermedad común de los demás trabajadores.

Esto es, afirmado que determinados estados o incidencias biomédicas aparecidas tras el período de descanso de maternidad o que se prolonguen más allá de la finalización de dicho período, sean consecuencia natural e inmediata del embarazo, parto o puerperio, en el caso concreto de que se trate, dada la idiosincrasia de la concreta trabajadora, no pueden sino generar para la misma idéntica protección frente al despido que el embarazo, desde su inicio y hasta la finalización del período de descanso de maternidad.

Al menos para estos últimos supuestos la solución indicada parece la única posible, otra respuesta, su equiparación a la enfermedad común, supondría una patente discriminación por razón de sexo con infracción del mandato contenido en las Directivas 76/207 y 92/85, además de una vulneración frontal del artículo 14 de nuestra Constitución.

En conclusión, *la sentencia que se comenta muestra una clara «asimetría» en la protección de la maternidad y que, por ello, no puede sino ser tachada de no irreprochable, constituyendo uno de los «claroscuros» de la jurisprudencia comunitaria referidos en el enunciado de este comentario.*

III. REFERENCIA AL DESPIDO Y LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español se ha adaptado, con generosidad ¹⁶, a la normativa y jurisprudencia comunitarias, antes citadas, en lo que respecta a la protección de la maternidad ¹⁷. Estableciéndose en nuestro ordenamiento jurídico lo siguiente:

1) En el artículo 52 d) ET, en relación con el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, 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».

2) En el artículo 55.5 ET, que será «también nulo el despido en los siguientes supuestos»:

«a) El de los trabajadores 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», y

«b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley.»

Precisándose en el artículo 55.5, último párrafo, que «lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

¹⁶ Al extremo de tenerse que rechazar planteamientos ante los tribunales de «excesos de transposición». Así en la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2001.

¹⁷ 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, 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 la presente Ley 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 de trabajo y al acceso 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.

En el artículo 45.1 d) ET se 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», y en el apartado 3 del mismo artículo, 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»¹⁸.

La amplitud de la reforma laboral impuesta por la adaptación a la normativa comunitaria, no obstante su generosidad antes destacada, peca de los mismos defectos que aquella normativa. Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en el Derecho comunitario, en nuestro ordenamiento existen mecanismos jurídicos para poder eliminar la «asimetría» comunitaria en la protección de la maternidad.

Aquella normativa nacional es clara y precisa, y la jurisprudencia no ha necesitado de mayores esfuerzos argumentativos para darle todo su alcance. No obstante donde se ha planteado alguna problemática ha sido en relación con el embarazo de la mujer trabajadora, respecto del cual una importante jurisprudencia menor indica lo siguiente:

«Por redacción dada por la Ley 39/1999, que traspuso, a su vez, la Directiva 92/1985, el artículo 55.5 b) ET declara la nulidad del despido de las trabajadoras 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. Esta Sala 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, y con independencia también de su conocimiento o desconocimiento empresarial»¹⁹.

Punto especialmente conflictivo es el relativo a la necesidad o no de comunicación por la trabajadora al empresario de su estado de gravidez, maternidad y lactancia, de que a su vez determina la «automaticidad» de la nulidad del despido. En este punto ha de recordarse que la Directiva 92/85 establece la necesidad de comunicación al empresario de esos estados vinculando tal comunicación

¹⁸ Según Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

¹⁹ SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 5-3-2002, 7-3-2003 y 15-2-2005, siguiendo a esta última.

al concepto mismo de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia ²⁰, lo que en buena hermenéutica supone que a falta de aquella comunicación de los respectivos estados relativos a la maternidad, aquéllos no tienen trascendencia jurídica frente al empresario (bien entendido que la jurisprudencia comunitaria ha eximido a la trabajadora de ese deber de comunicación en determinados supuestos ²¹).

No obstante otra parece que es la interpretación que puede deducirse en nuestro ordenamiento, extremo en que no reproduce la normativa comunitaria respectiva, lo que fue posible porque en la instrumentación del deber de comunicación la Directiva citada se remite a las «legislaciones y/o prácticas nacionales». En este sentido se ha manifestado una importante jurisprudencia menor ²² indicando lo siguiente:

«La doctrina mayoritaria estima que, siendo la Ley 39/1999 (...), una Ley de transposición de las (...) directivas, *el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores*, en la redacción introducida por la misma, ha de interpretarse conforme a la correspondiente jurisprudencia comunitaria y nacional sobre aquéllas, sin tener en cuenta que las directivas son unas normas de mínimos y no de máximos, de manera que el Estado miembro ha de regular en su legislación nacional la materia de que se trate para dar cumplimiento a su finalidad, no pudiendo hacerlo de forma restrictiva pero sí extender los derechos a los que se refiera la normativa comunitaria (...).

De manera que la actual redacción del mentado precepto *protege a las mujeres embarazadas tal y como prescribe la Directiva pero no limita como ésta el nacimiento del derecho, eliminando la condición de comunicar 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.*

²⁰ Según el artículo 2.º de la Directiva 92/85, «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.

²¹ 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 éstas de la obligación de poner en conocimiento del empresario su estado de embarazo, no sólo 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».

²² 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 ET «se amparaba en el artículo 14 CE, Directiva 92/85/CE (...) y Directiva 96/34/CE».

El legislador ha querido, por tanto, que sea indiferente al respecto que el empresario conozca o no el embarazo e incluso que lo sepa la trabajadora, en el momento del despido, y, por tanto, es irrelevante el móvil del empresario, que puede obedecer o no a causas discriminatorias, por cuanto estamos ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho del embarazo y no subjetiva, no teniéndose en cuenta los motivos que han conformado la decisión de despedir, siendo la finalidad de la citada Ley (...), entre otras, con esta medida de aseguramiento de la continuidad del puesto de trabajo de la madre, impidiendo su despido, cualquiera que sea la causa por la que se efectúe, siempre que no sea disciplinaria por un incumplimiento grave y culpable por su parte.»

Según aquella resolución jurisdiccional no es «el objetivo de la Ley la protección de los derechos fundamentales de la persona (...) sino que esta norma lo que trata es de 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 tienen en la realidad actual, para acceder al mismo, y la importancia de la maternidad, de manera que más bien puede afirmarse que estamos ante un fin social y no individual, aunque lógicamente en la norma se otorgue, para conseguirlo, derechos a las personas que integran la familia».

No obstante lo antes indicado, ha de dejarse constancia de que lo cierto es que la redacción de nuestra norma nacional, que no 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 han 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 embarazo (en los demás supuestos de maternidad, esto es el parto y el puerperio, se da por hecho la comunicación, dado nuestro sistema de protección social), o, al menos, sí 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 calificarse el despido de improcedente a falta de aquella comunicación ²³ o a admitirse la legalidad de la extinción durante el período de prueba ²⁴.

²³ 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 conlleva 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, reconocido en el relato fáctico como en la confesión judicial, 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, ésta será la calificación del mismo, fijándose la indemnización en los términos previstos en el artículo 56 ET, lo que nos lleva a estimar el recurso de suplicación y revocar en parte la sentencia, criterio este mantenido, entre otras, por la STSJ de Andalucía con sede en Granada de 8 de enero de 2003 y del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2003».

²⁴ 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

Semejante problemática que pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de febrero de 2005, en los siguientes términos: «El TS ha dictado sentencia el 26 de febrero de 2004 ²⁵ (...), resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina frente a una sentencia del TSJ de Madrid que declaró

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 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».

²⁵ En esta sentencia se establece lo siguiente:

«Séptimo. La interpretación del artículo 55.5 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.º 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.º, 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.º 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, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará.

Octavo. La singularidad del supuesto que analizamos determina la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, al incurrir la sentencia impugnada en vulneración de lo dispuesto en el artículo 55.5 ET, a cuyo resultado llega mediante la deducción de los hechos probados de unas consecuencias jurídicas que no se corresponden con la lógica ni con la naturaleza de las cosas. 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 los 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.º 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.

Noveno. 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».

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) 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».

Continúa la meritada resolución jurisdiccional indicando que «en definitiva, no existe línea jurisprudencial ordinaria, ni constitucional, que permita 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 Tribunales Superiores de Justicia. 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*».

Como ya se indicó en nuestro derecho existen mecanismos para corregir la «asimetría» que surge de la regulación comunitaria de la protección de la maternidad (y en las normas nuestro ordenamiento jurídico que efectuaron la transposición), que limita textualmente aquella protección al período que va desde el inicio del embarazo hasta el término del período de descanso de maternidad sin que se prolongue a aquellas enfermedades o estados apológicos que vinculados al embarazo, al parto o al puerperio, aparezcan una vez finalizado el período de descanso de maternidad.

Ciertamente el establecimiento de un plazo fijo de duración del descanso de maternidad es simplemente arbitrario. Un cosa es predeterminar en base a criterios estadísticos lo que tarda una mujer en recuperarse del parto y otra muy diferente es que en todos los casos resulte así. Si una trabajadora tras la finalización del período de descanso de maternidad y causa del embarazo, del mismo parto o de procesos patógenos contraídos durante y vinculados con el puerperio continúa necesitando de la prestación de asistencia médica, no es razonable que por el mero transcurso del tiempo (un plazo) se produzca una alteración cualitativa jurídicamente de su protección. Lo mismo puede decirse si tras un período más o menos largo aparece una situación patológica que se asocia a aquellos estados.

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 ²⁶ (lo que también puede suceder cuando se despide a un trabajador que en situación de incapacidad temporal) ²⁷.

De no reconocerse esa posibilidad de corrección de la «asimetría» legal en la protección de la maternidad, habrá de concluirse que en nuestro ordenamiento, por mor de la extensión de la «asimetría» comunitaria en la protección de la maternidad, se incide en el mismo claroscuro que se denunciaba en relación con aquella legislación y doctrina comunitaria.

IV. MATERNIDAD Y MANTENIMIENTO DE LA REMUNERACIÓN O EL BENEFICIO DE UNA PRESTACIÓN ADECUADA

Se refiere la sentencia objeto de comentario a la «retribución» de la trabajadora durante el embarazo. No se trata de que se cuestione si la trabajadora encinta que continúa prestando servicios tiene o no derecho al mantenimiento de su retribución, naturalmente que tiene ese derecho, lo que se cuestiona es si la trabajadora embarazada que, por causa de su estado de gestación, y antes de iniciar su permiso por maternidad deja de prestar servicios, tiene derecho al mantenimiento de su retribución íntegra.

La cuestión tiene singular interés para aquellos sistemas, como el que fue considerado en el litigio principal ²⁸, origen de la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia, en los que la protección corre a cargo de la empresa que ha de continuar pagando la retribución o salario durante un determinado período, más menos largo, de tiempo.

²⁶ En este sentido puede citarse la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2002, en la que se indica que «la trabajadora ha presentado no ya indicios de la incorrecta actuación empresarial, sino el propio reconocimiento de la misma de que la única razón de la decisión adoptada es la baja de aquélla, única que consta, por cierto, y que se ha prolongado a lo largo de siete meses. Por el contrario la empleadora no ha justificado, ni siquiera de forma somera, la existencia de otras razones que pudieran haber justificado el despido, antes al contrario, ya ante el propio SMAC admite al menos la improcedencia del despido y en el procedimiento que nos ocupa se abstiene de actividad probatoria alguna en el sentido expuesto, en tales circunstancias, es obvio que el despido debe ser calificado como nulo por contravenir derechos fundamentales del trabajador, puesto que aparece como único móvil aparente de la actuación empresarial la represalia por el legítimo ejercicio, por parte de la actora, con más de 30 años de antigüedad en la empresa, a causar baja médica, sin que esta última, como queda dicho, haya justificado en modo alguno dicha decisión».

²⁷ Contrariamente precisa la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 29 de abril de 2005, «si bien el derecho a la salud constituye un derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución Española, su vulneración se produce cuando se atenta contra la salud o integridad física del ciudadano, pero en modo alguno se deduce del texto constitucional que esa protección haya de extenderse al ámbito laboral y que una situación de enfermedad implique el mantenimiento a ultranza de la relación laboral, la que se rige además por normas específicas en materia de protección de los derechos fundamentales y de la no discriminación».

²⁸ Derecho irlandés. Régimen de los empleados del North Western Helth Board.

No obstante también puede ser de interés para aquellos sistemas como el nuestro en el que la protección es pública, pero en los que la prestación tiene un importe diferente según sea de maternidad, esto es, en los períodos de descanso de maternidad establecidos legalmente, y otro distinto e inferior si se produce una baja por enfermedad asociada al embarazo antes de iniciar el período de descanso de maternidad. Además de su aplicabilidad a los sistemas de protección voluntarios o mejoras de los sistemas de prestaciones públicas, frecuentemente pactados en los convenios colectivos y con incremento exponencial en nuestra realidad social.

La sentencia objeto de comentario, de nuevo moviéndose en el ámbito de la Directiva 76/207, dejando aparcada la aplicabilidad, directamente o por analogía, de la Directiva 92/85, y, en un mimético seguimiento de lo antes indicado acerca del despido y la maternidad, concluye:

- a) «Que no se desprende necesariamente de la constatación de la especificidad de las enfermedades ligadas a un embarazo que una trabajadora, de baja por una enfermedad ligada a su embarazo, tenga derecho al mantenimiento íntegro de su retribución cuando otro trabajador, de baja por una enfermedad ajena a un embarazo, no disfruta de tal derecho», y
- b) Que «en el estado actual del Derecho comunitario, una trabajadora puede tener que soportar, en su caso, la reducción de su retribución bien durante el permiso de maternidad, bien posteriormente a dicho permiso, en el caso de padecer una enfermedad ligada al embarazo o al parto y que aparezca después de ese permiso».

En este punto adquiere toda su importancia la interpretación que del artículo 141 CE ofrece la sentencia objeto de comentario. Según la misma al tenor de aquel precepto del Tratado:

«El mantenimiento de la retribución del trabajador en caso de enfermedad está comprendido dentro del concepto de "retribución", en el sentido del artículo 141 CE (...), concepto que comprende todas las ventajas, en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legislativas o tenga carácter voluntario.»

Concluye el Tribunal que una «retribución» de aquellas características satisfecha a la trabajadora durante la maternidad, está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE y de la Directiva 75/117, pero no en el de la Directiva 76/207, lo cual no deja de tener trascendentes efectos.

Efectivamente, indica la sentencia que se comenta que «las mujeres que disfrutaban de un permiso de maternidad se encuentran en una situación específica que exige que les sea concedida una protección especial, pero no puede asimilarse a la de un hombre que ocupa efectivamente su puesto de trabajo», y que «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación ade-

cuada de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia», sólo se considerará «adecuada» cuando «garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud».

Semejante precisión ha de ponerse en relación con el concreto sistema de protección social o Seguridad Social que se contemple, lo cual significa, en relación con el nuestro, que aquellas trabajadoras deben en todos esos supuestos tener derecho a la misma retribución que durante la baja de maternidad, sin perjuicio de las mejoras establecidas, voluntariamente por el empresario o por convenio colectivo, y según los términos, no discriminatorios, de las mismas.

Durante la baja por maternidad la trabajadora tiene derecho a una «prestación económica por maternidad que consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes» (art. 133 quater LGSS). En conclusión aquel mismo nivel de protección social ha de mantenerse en la situación de baja durante el embarazo por enfermedad asociada con dicho estado, anterior al período de descanso por maternidad, lo que no sucede en nuestro sistema de Seguridad Social.

Afirma la sentencia objeto de comentario que «la especificidad de una enfermedad ligada al embarazo sólo se puede tener en cuenta negando al empresario el derecho a despedir a una trabajadora por ese motivo. En cambio, por lo que se refiere a la retribución, el mantenimiento íntegro de ésta no es el único medio de tener en cuenta la especificidad de una enfermedad ligada al embarazo. En efecto, no se excluye tener en cuenta esta especificidad en el marco de un régimen que, en caso de baja de una trabajadora por una enfermedad ligada al embarazo prevea una reducción de la retribución», lo cual en nuestro sistema laboral y de protección social únicamente es predicable de las mejoras y retribuciones que se mantengan durante el embarazo, pero desde luego no de las prestaciones debidas por el sistema de Seguridad Social.

Lo mismo debe predicarse respecto de las prestaciones en los supuestos de bajas por enfermedades, asociadas al embarazo, parto o puerperio, que surjan o se mantengan más allá del período de descanso de maternidad, bien que en este caso no pueda deducirse un apoyo en la normativa comunitaria de la misma intensidad que para el supuesto de embarazo.

En este punto una jurisprudencia comunitaria no irreprochable, contraría la solución propuesta, pues señala que, en la medida en que la incapacidad «aparezca tras el permiso por maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen aplicable en caso de enfermedad». Frente a esa doctrina puede argumentarse que si el embarazo y los estados referentes a la maternidad, en general, y sus incidencias biomédicas, no constituyen estados patológicos, y no dejan de ser tales porque surgen tras el período de descanso legalmente establecido, entonces *¿por qué aquella jurisprudencia establece ahora la relación de igualdad entre enfermedad y las complicaciones de la maternidad (enfermedad/estado patológico = maternidad), cuando antes ha afirmado su desigualdad (enfermedad /estado patológico ≠ maternidad)?*

El Tribunal de Justicia, en este punto, continúa su propia y no irreprochable doctrina jurisprudencial que expresamente cita, y según la cual «*en la medida en que aparezcan tras el permiso de maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito del régimen general aplicable en caso de enfermedad*»²⁹, por el contrario de lo que sucede si aquellas patologías aparecen durante el embarazo o durante el período de descanso de maternidad. En fin, extraño poder taumatúrgico que el Tribunal de Justicia comunitario atribuye al mero transcurso del tiempo (plazo) de descanso de maternidad.

Además, en este momento puede traerse a colación lo ya indicado respecto del despido y los estados o incidencias que apareciendo tras la finalización del período de descanso de maternidad o prolongándose más allá de su terminación, carezcan de cualquier connotación patógena, constituyendo consecuencias naturales asociadas al embarazo, el parto o el puerperio, dada la concreta idiosincrasia de la trabajadora. En tales supuestos de no atribuirse la mujer trabajadora las mismas prestaciones que durante el período de descanso de maternidad se estarán infringiendo patentemente las Directivas 76/207 y 92/85, así como el artículo 14 de nuestra Constitución.

Estamos en estos supuestos ante otros claroscuros del sistema comunitario de protección de la maternidad, y donde se mantiene la «asimetría» fundamental, a la que nos hemos referido en relación con el despido, y que se amplía a múltiples «asimetrías» en nuestro sistema de protección social.

V. CONCLUSIÓN

La sentencia objeto de comentario pone de relieve un sistema de protección del despido, las retribuciones y prestaciones en las situaciones comprensivas de la maternidad (embarazo, parto y puerperio), en la legislación comunitaria y, por extensión, nacional, poco coherente y en el que se mantiene una asimetría fundamental, que viene dada por una fijación más o menos arbitraria de la duración del período de descanso de maternidad, y que rompe un estado en sí mismo homogéneo, desde el punto de vista biológico, con daño para el desarrollo personal de la mujer trabajadora y del recién nacido, así como general socioeconómico.

El mantenimiento de aquella partición (por una parte el período que transcurre desde el inicio del embarazo hasta el término del correspondiente al legalmente previsto de descanso de maternidad, con una determinada protección social, y por otra el que asociado al embarazo, el parto o el puerperio, continúa, excediendo de ese período, o el que con el mismo origen se inicia ya finalizado el período de descanso de maternidad, con un protección inferior), genera la «asimetría» fundamental en la protección de la maternidad por los ordenamientos jurídicos comunitario y español.

²⁹ STJCE de 30 de junio de 1998, asunto C-394/96, Mary Brown.

La no irreprochable regulación comunitaria contenida en la Directiva 92/85 no se ha visto acompañada por una jurisprudencia, que en una correcta inteligencia del propósito de aquella norma, corrigiese los defectos y eliminase las lagunas de la misma. Muy al contrario, la jurisprudencia comunitaria en una obcecada aplicación prioritaria de la Directiva 76/207 al despido, retribuciones y prestaciones en las situaciones comprensivas de la maternidad, ha llevado a agudizar los defectos de la Directiva 92/85, que era la norma aplicable y a la que prioritariamente debería haberse atendido el Tribunal de Justicia comunitario.

No obstante aquella crítica, ha de reconocerse a la jurisprudencia comunitaria referida, recogida en la sentencia objeto de comentario, el esfuerzo por procurar una cierta homogenización de regulación y protección laboral de las situaciones que componen la maternidad, unificando el tratamiento jurídico durante todo el período que va desde el inicio del embarazo hasta el término del período de descanso de maternidad, que la normativa jurídica comunitaria mantenía absolutamente descabado respecto de su unidad esencial biológica. Por todo ello ha de concluirse que el derecho comunitario relativo a la protección de la maternidad, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que lo aplica e interpreta y, por extensión nuestro propio sistema jurídico en la materia y jurisprudencia correspondiente, muestra un panorama de claroscuros.