

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social. Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

Extracto:

EN el presente estudio se aborda principalmente el análisis de la normativa interna, internacional y comunitaria diseñada para la tutela, en especial de la mujer embarazada, en los momentos de inicio (acceso al empleo) y extinción (despido nulo por discriminatorio) del contrato de trabajo. De forma paralela, se procede al análisis detallado de los criterios jurisprudenciales (en especial, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Constitucional) que sirven de referencia para la mejor comprensión interpretativa y aplicativa de dichos instrumentos normativos de tutela. Añadido a ello, se intercalan diversas reflexiones y criterios sobre la igualdad de trato y la no discriminación por razón de sexo (por ejemplo, en materia retributiva), de nuevo con especial mención a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y aplicables a la tutela genérica de la mujer más allá de la situación biológica de gestación.

Sumario:

- I. La situación de la mujer *en y ante* el mercado de trabajo: notas introductorias a propósito de las recientes líneas de tendencia jurídicas, sociales y políticas.

- II. El contexto jurídico internacional y europeo de tutela de la mujer en el acceso al empleo y frente al despido discriminatorio.
 1. La normativa internacional.

 2. La normativa comunitaria y la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

- III. La tutela de la mujer en la normativa y la jurisprudencia internas: acceso al empleo y despido nulo por discriminatorio.

Bibliografía.

I. LA SITUACIÓN DE LA MUJER *EN Y ANTE* EL MERCADO DE TRABAJO: NOTAS INTRODUCTORIAS A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES LÍNEAS DE TENDENCIA JURÍDICAS, SOCIALES Y POLÍTICAS

1. Como es sabido, la situación de la mujer *en y ante* el mercado de trabajo fluctúa en derredor de la existencia de dos realidades paralelas pero ciertamente disímiles: la jurídica y la social ¹.

La primera (*jurídica*) ha conseguido, con un grado considerable de acierto, una fuerte equiparación laboral entre la mujer y el hombre «en» el acceso al empleo (no así «ante» el empleo), mediante, por ejemplo y entre otras actuaciones, la introducción de diversos mecanismos aligeradores de las cargas empresariales ligadas a la contratación de mujeres que, como efecto *boomerang* (exceso de protección que se vuelve contra el sujeto protegido), venían tradicionalmente desalentando dicha contratación.

En cuanto a la segunda realidad (*sociológica*), el embarazo y todas las circunstancias que lo rodean (parto, puerperio, lactancia) son situaciones que afectan y condicionan al rol laboral de la mujer, tanto por razones biológicas (el propio hecho de la maternidad), cuanto por razones que atienden a la minusvaloración del trabajo de la mujer en íntima conexión con la asunción tradicional por el colectivo femenino de las cargas familiares. Además, es de común conocimiento que la contratación a tiempo parcial sigue siendo la vía más recurrente de acceso al mercado de trabajo para las mujeres, pues, pese a las críticas fundadas que sobre ello pueden verterse, contribuye, cuando menos y con su «normalización», a superar felizmente la visión conservadora del trabajo femenino como algo residual y secundario, que únicamente se realiza «hasta que el hombre se halle en condiciones de mantener a la mujer» ².

2. En este sentido y desde la intersección de ambas perspectivas, es indudable que el estímulo del empleo de la mujer está fuertemente influido por la necesidad de compaginar dos factores: el trabajo, de un lado, con las responsabilidades familiares, de otro. Lo cierto es que la tradicional estructura «patriarcal» de la relación trabajo/familia ha experimentado importantes cambios en las últimas décadas (en punto a la consecución de un objetivo: «hacer algo menos heroica la vida de la

¹ BALLESTER, 1998a, p.: 40.

² Sobre esa criticable visión tradicional, REY MARTÍNEZ, 1995, pp.: 1-5.

madre trabajadora, procurando que se cumpla una elemental máxima de justicia en cuanto a equiparación con el varón»³), pero no lo es menos que la mujer trabajadora sigue asumiendo, en la mayoría de los casos, un doble papel (una doble jornada o jornada externa⁴), de forma que una de las dos facetas (laboral o familiar) se resiente ocasionando el sacrificio de una a favor de la otra⁵. Por ello, el fomento del trabajo femenino está con frecuencia relacionado con el establecimiento de medidas que favorezcan la antedicha compatibilidad, pues aunque es claro que la fijación de modelos de organización de la familia es algo que pertenece al terreno de la privacidad de los individuos⁶, no lo es menos que el Derecho del Trabajo ha venido dedicando alguna atención, ya antes de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, a la conciliación de la vida laboral y de las responsabilidades familiares (en punto a la remoción de obstáculos para su compatibilidad)⁷, siquiera inicialmente desde la perspectiva de la tutela de la mujer embarazada, e indirectamente del gestante y del lactante⁸.

Así, el acento de las actuales políticas jurídico-laborales se pone en la actualidad tanto en la inserción laboral o mejora de condiciones laborales de la mujer con responsabilidades familiares⁹, cuanto en la propia distribución de tales responsabilidades (en la búsqueda de una cierta corresponsabilidad entre hombre y mujer en el reparto de roles¹⁰), y en facilitar, por consiguiente, la inserción del *trabajador con responsabilidades familiares*, con independencia de su sexo¹¹. Se trata de una medida en cierta forma neutra, que puede operar en beneficio directo de la mujer, pues ha sido ella quien tradicionalmente se ha ocupado del cuidado de los hijos, de los familiares enfermos y ancianos¹².

De este modo no se diferencia desde la base, discriminando a un sexo respecto del otro: si lo que distingue a uno de otro y motiva la adopción de determinadas medidas de fomento son las responsabilidades familiares, deben ser éstas las que se conviertan en el nudo gordiano de la política

³ CARDENAL, 2001, p.: 14.

⁴ Un alto porcentaje de mujeres ocupadas atiende también a las labores del hogar, lo cual constituye fuente de riesgos en el ámbito de la salud laboral, por representar una prolongación de la jornada que provoca «un conflicto de roles que genera un doble sentido de culpa, hacia la familia y hacia el empleo, con el consiguiente riesgo de enfermedades psicosomáticas», además de suponer un innegable obstáculo a su desarrollo profesional. El desigual reparto de las labores domésticas y de las responsabilidades familiares es sin duda un grave obstáculo a la integración laboral de la mujer, y de ahí que la mayor participación laboral se haya traducido en un mayor índice de paro femenino. *Cfr.* CES, 1994, p.: 15.

⁵ CARDENAL, 2001, p.: 10.

⁶ MARTÍN, 2000, p.: 112.

⁷ Piénsese, por ejemplo, en la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, que supone el intento de conciliar las responsabilidades familiares, desde la perspectiva de la neutralidad, con el trabajo.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1999, p.: 26.

⁹ Como afirmó en su día la STC 128/1987, de 16 de julio, «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación desventajosa respecto a los hombres en la misma situación».

¹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, 2000, p.: 164.

¹¹ En este sentido, el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO (1997, p.: 5) aboga por el equilibrio entre política familiar y política de empleo, «para permitir una adecuada conciliación entre la vida familiar y la laboral, que es hoy uno de los objetivos básicos de los programas de igualdad de oportunidades en los Estados de la Unión Europea».

¹² AGUILERA y CRISTÓBAL, 2002, p.: 14.

legislativa en materia de empleo. Entre otras cosas, porque un dato está claro y apunta a un desigual reparto fáctico de dichas responsabilidades: la tasa de empleo femenino disminuye cuando las mujeres tienen hijos pequeños, pues en España la referida tasa para mujeres entre 20 y 44 años disminuye en 27 puntos con la presencia de un hijo menor de 6 años ¹³.

A modo de ejemplo y por citar tan sólo algunos aspectos normativos en la dirección que venimos apuntando hasta este momento, piénsese en:

A) La derogación expresa, por parte de la Disposición Derogatoria Única de la LPRL, del Decreto de 26 de julio de 1957, en cuanto a trabajos prohibidos a las mujeres, zanjando así las dudas que sobre su derogación tácita previa (en concreto, a partir de la Constitución de 1978 –CE– y de la sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 229/1992, de 14 de diciembre) habían surgido entre la doctrina científica ¹⁴.

B) La regulación de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas, para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre). Conforme a esta norma, el empresario pagaba cotizaciones por la trabajadora con contrato suspendido, pero no por quien la sustituía interinamente ¹⁵. Estas bonificaciones se ampliaron por la Ley 39/1999 a las contrataciones de trabajadores para sustituir a quienes se hallen disfrutando de permisos, licencias o excedencias por motivos familiares (sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares o suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, así como los nuevos supuestos de sustitución de trabajadores autónomos, o de socios trabajadores y socios de trabajo de sociedades cooperativas en los mismos supuestos).

Esas bonificaciones han sido nuevamente revisadas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo (recogido después en la Ley 12/2001, de 9 de julio ¹⁶, y en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ¹⁷, que proroga en su disposición adicional cuarta el programa de fomento del empleo regulado en el capítulo II de la Ley 12/2001), que amplía la bonificación en las cuotas, extendiéndolas tanto a la persona con contrato suspendido por maternidad como a la persona contratada para sustituirla ¹⁸.

¹³ Programa relativo a la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el período 2001-2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2000), 335 final.

¹⁴ Una excelente síntesis de ese debate puede verse en LOUSADA, 1998, pp.: 710-711.

¹⁵ AGUILERA y CRISTÓBAL, 2002, p.: 17.

¹⁶ Sobre las bonificaciones en esta norma, GARCÍA-PERROTE, 2001, pp.: 73-76, y ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2001, epígrafes VII y IX.

¹⁷ BOE 31-12-2001.

¹⁸ PANIZO, 2002b, p.: 25; un esquema completo de todas las bonificaciones durante 2002, en pp.: 73-74.

- C) Las bonificaciones en la cotización empresarial que, como medida de acción afirmativa o «positiva», se aplican para los contratos indefinidos para fomento del empleo desde las Leyes 63/1997 y 64/1997, de 30 de diciembre (especialmente, aunque no sólo, para la contratación de mujeres en profesiones u oficios en los que estén subrepresentadas¹⁹, a modo de remoción de obstáculos para facilitar su acceso y permanencia en el mercado de trabajo). Esas bonificaciones se han visto con posterioridad secundadas desde 1998 por las Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, anualmente y como extraña pareja de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, vienen aprobándose.
- D) La mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, en especial mediante las prestaciones económicas por hijo a cargo que, conforme al Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero²⁰, cristalizaron, de un lado, en la revisión de los importes de las asignaciones familiares de la Seguridad Social por hijo a cargo²¹; de otro, en una prestación económica (75.000 pts., a tanto alzado) por nacimiento del tercer hijo y para cada hijo más, en familias que ya cuenten con dos retoños y cuyo nivel de rentas no supere la cuantía prevista anualmente para ser beneficiario de las asignaciones económicas por hijo a cargo no minusválido; y, por último, para el caso de parto múltiple (dos o más hijos²²) se contempló el reconocimiento del derecho a una prestación económica de pago único (compatible con la prestación económica por nacimiento de hijo), cuya cuantía depende del número de hijos nacidos (y no de los ingresos de los beneficiarios), y que se mide no en relación con una base reguladora, sino con el salario mínimo interprofesional (según el número de hijos, un número de veces determinado el SMI²³). El Real Decreto-Ley 1/2000 ha sido desarrollado por Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, que regula determinados aspectos de las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple²⁴, siendo especialmente relevante en cuanto a la determinación de los beneficiarios en las modalidades contributiva y no contributiva de ambas prestaciones económicas de pago único (por nacimiento de tercer o sucesivos hijos, y por parto múltiple –dos o más hijos–).

¹⁹ Dichas profesiones u oficios con nivel de «subrepresentación» femenina se contienen en la Orden de 16-9-1998 (BOE 29-9), para el fomento del empleo estable de mujeres en las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo. El anexo de esta Orden ministerial recoge el listado de las ocupaciones excluidas de bonificaciones (esto es, se listan las ocupaciones en las que no existe subrepresentación) y, en consecuencia, las profesiones y ocupaciones con «subrepresentación» de personal femenino y, por ello mismo, habilitantes para la aplicación de los incentivos oportunos, se infieren por exclusión: serán todas aquellas que, contenidas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones aprobada por RD 917/1994, de 6 de mayo (BOE 27-5), no estén expresamente listadas en el anexo de la Orden referida.

²⁰ Sobre esta norma, MARÍN y GORELLI, 2001, pp.: 215 y ss.

²¹ Esta revisión opera en base a un doble tramo temporal: a) Se eleva la cuantía correspondiente a 1999, con efectos retroactivos a 1 de enero (percibiendo la diferencia los beneficiarios en pago único), resultando las cantidades siguientes: 47.460 pts./año, en los casos de hijo a cargo no minusválido, y 94.860 pts./año, cuando el hijo tenga la condición de minusválido en grado igual o superior al 33%; b) los importes a percibir a partir del 1-1-2000, aplicando el 2% de revalorización respecto a 1999, quedan fijados en 48.420 pts./año (hijo a cargo no minusválido) y 96.780 pts./año (hijo a cargo minusválido en grado igual o superior al 33%).

²² Si bien la norma, tal y como se publicó en el BOE de 17-1-2000 aludía por parto múltiple a tres o más hijos, en el BOE de 20-1-2000 se corrigió este error, cifrándose ya en dos o más hijos.

²³ El art. 3.2 del RD-Ley 1/2000 establece los siguientes tramos asimétricos de prestación económica: 2 hijos, 4 veces el SMI; 3 hijos, 8 veces el SMI; 4 o más hijos, 12 veces el SMI anual vigente.

²⁴ BOE 29-7-2000.

3. La senda trazada conocerá un nuevo capítulo si se cumplen las más recientes previsiones al respecto. En efecto, se anuncian por el Gobierno nuevas reformas, en el marco del Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004 aprobado por el Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2001, a propuesta de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Economía, Hacienda, Fomento, Justicia, Educación, Cultura y Deportes y Ciencia y Tecnología ²⁵. El Plan se estructura en derredor de cuatro objetivos: incremento de la calidad de vida de las familias, fomento de la solidaridad intergeneracional, apoyo a la familia como garante de la cohesión social y apoyo a las familias en situación de riesgo social y otras situaciones especiales. Dichos objetivos se concretan en diez líneas estratégicas ²⁶: política fiscal y de rentas; mejora de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo; conciliación de la vida laboral y familiar; política de vivienda; favorecer el acceso de las familias a las nuevas tecnologías; desarrollo de los servicios de orientación y/o mediación familiar; apoyo a las familias en situaciones especiales; fomento de la participación social y del acceso a la cultura de las familias; nueva ley de protección a las familias numerosas.

A lo que aquí interesa, el referido Plan incluye tres medidas de futuro directamente relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. A saber:

- En primer lugar, el desarrollo reglamentario de la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras y la elaboración de un «Código de buenas prácticas» sobre conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas, a elaborar en colaboración con los agentes sociales. El referido desarrollo reglamentario ya ha tenido una primera manifestación parcial: el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo ²⁷.
- En segundo lugar, la aplicación de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social en la contratación de mujeres tras la suspensión del contrato por maternidad: a) ampliando las subvenciones y bonificaciones a la contratación de mujeres desempleadas después de su maternidad, con bonificación del 100% en las cuotas empresariales durante un año en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad a partir de la reincorporación, cuando sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, suprimiendo el requisito de que se trate de paradas de larga duración; y b) bonificación del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante un año en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad a partir de la reincorporación de la mujer al puesto de trabajo, así como la bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social para la contratación de padres y madres solteros desempleados con hijos a cargo.
- En tercer lugar, y dentro de la conciliación familia-trabajo, se programa la creación de servicios de atención a la primera infancia (hasta los tres años), en colaboración con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, con adaptación de la normativa sobre edu-

²⁵ Puede verse el texto completo de dicho Plan en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (www.mtas.es).

²⁶ AGUILERA y CRISTÓBAL, 2002, p.: 19.

²⁷ Un análisis completo del mismo, en PANIZO (2002a), y en MORENO, ROMERO y PARDELL (2002).

cación infantil al «entorno europeo», y de servicios de atención a las personas mayores y discapacitadas, con estancias diurnas y estancias temporales en residencias para dichas personas, con la finalidad de facilitar la conciliación de las tareas profesionales y domésticas de sus familias. Esta orientación conecta con la preocupación comunitaria al respecto, relativa a la necesidad de incrementar los servicios de atención a la infancia y a las personas dependientes, plasmada por ejemplo en la Decisión 2001/62/CE del Consejo, de 19 de enero de 2001 (directrices de política de empleo de los Estados miembros para el año 2001), cuando señala que es necesaria una oferta suficiente de servicios de calidad de guardería y de asistencia a otras personas a cargo, a fin de favorecer la incorporación de hombres y mujeres y su participación continuada en el mercado laboral ²⁸. En la misma línea se pronuncia el *Proyecto de Informe conjunto sobre el empleo de 2001* (COM 2001, 438 final), elaborado por la Comisión Europea ²⁹.

II. EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE TUTELA DE LA MUJER EN EL ACCESO AL EMPLEO Y FRENTE AL DESPIDO DISCRIMINATORIO

1. La normativa internacional.

1.1. Como se sabe, la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ³⁰, marca una línea de tendencia dirigida a allanar en lo posible el camino de la mujer que desea integrarse en el mundo laboral, en ciertos sectores todavía esencialmente masculinos, y, particularmente, de la mujer que no quiere renunciar a su condición de trabajadora por adquirir responsabilidades familiares.

De la misma forma, la Recomendación de la OIT, de 1965, sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, parte precisamente de la base de que es la mujer la única titular de tales responsabilidades. A dicha Recomendación no seguirá convenio alguno (sólo una Declaración sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras en 1973) hasta algo más de una década después. Se trata de la Convención de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ³¹, a la que seguirá el Convenio núm. 156, de 23 de junio de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares (*rectius*, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras), adoptado sobre la base de la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1973 y de la Resolución relativa a un plan de acción con miras a promover la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, aprobados por la Conferencia Internacional en 1975.

²⁸ AGUILERA y CRISTÓBAL, 2002, p.: 21.

²⁹ Con detalle, CARDENAL, 2001, pp.: 12-13.

³⁰ BOE 21-3-1984.

³¹ Ratificada mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983 (BOE 21-3-1984).

El Convenio OIT núm. 156 de 1981 alude, por su parte, a la realidad fáctica de la discriminación indirecta, y la tutela contra la misma se dirige a la introducción de la neutralidad en el tratamiento jurídico del tema, de tal modo que, sentada la noción de acción positiva y de discriminación indirecta, el objetivo pasa a ser la eliminación de discriminaciones basadas en la existencia de cargas familiares, asumidas mayoritariamente por mujeres.

1.2. De otro lado, el artículo 5.d) del Convenio núm. 158 de la OIT dispone que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral, del mismo modo que el artículo 6 del Convenio núm. 103, adoptado en la Conferencia de Ginebra de 28 de junio de 1952, relativo a la protección de la maternidad ³², lo establecía respecto del período de suspensión del contrato ³³. Por su parte, el artículo 4.1 de la Recomendación núm. 95 OIT delimita el período temporal al que se entiende referida dicha prohibición, señalando como momento inicial el de la comunicación del embarazo al empresario (realizado a través de certificado médico acreditativo).

1.3. La línea en favor de la igualdad de los sexos se inicia a partir del año 1951, destacando el Convenio OIT núm. 111, de 1958, en el que se permite el establecimiento de medidas de discriminación positiva en favor de colectivos desfavorecidos por ciertas razones, entre ellas el sexo. Esta política de la OIT, dirigida a la erradicación de la discriminación formal y material por razón de sexo, se plasma en el Convenio núm. 100 y en la Recomendación núm. 90, sobre igualdad de remuneración de 1951, y en Convenio núm. 111 y Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, en los que se acuña al concepto de acción afirmativa, así como en el Convenio núm. 117 de 1962, relativo a las normas y objetivos básicos de la política social (art. 14).

2. La normativa comunitaria y la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2.1. La normativa comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres, surgida al cobijo del artículo 119 (igualdad de remuneración) del Tratado de Roma, se genera a partir de 1975. En concreto, tres son las Directivas que se ocupan pioneramente de esta cuestión; a ellas y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a que han dado pie ³⁴, se dedican los próximos párrafos.

³² Ratificado por España el 20 de agosto de 1966 (BOE 31-8-1966).

³³ «Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia».

³⁴ La jurisprudencia del TJCE ha afirmado reiteradamente el carácter del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo como propio y verdadero derecho fundamental comunitario: así, SSTJCE de 20-3-1984, asuntos *Razzouk* y *Beydoun*, de 15-5-1986, asunto *Johnston*, y de 24-6-1986, asunto *Drake*.

A) Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos ³⁵. Esta norma establece el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo, o para trabajo de igual valor (en conexión con el Convenio núm. 100 de la OIT), prohibiendo la discriminación en todos los elementos y condiciones de retribución por razón de género. Además, señala esta norma que cuando un sistema de clasificación profesional se utilice para la determinación de las retribuciones, deberá basarse en criterios comunes y no discriminatorios para los trabajadores de ambos sexos.

Al hilo de la interpretación y aplicación de esta Directiva ³⁶, la jurisprudencia del TJCE ha establecido diversos criterios, que pueden extractarse como sigue:

- El TJCE ha abordado la corrección de la infravaloración de las tareas femeninas, especialmente cuando éstas requieran para su realización el mismo esfuerzo que las tareas desempeñadas por los hombres. De esta forma, la clasificación profesional no discriminatoria se produce cuando se utilizan criterios de valoración del trabajo comunes a ambos sexos, no recurriéndose a parámetros sexualmente significativos más que cuando sean absolutamente imprescindibles para el desarrollo del trabajo ³⁷. De esta forma, la no adopción de criterios de riesgo correspondientes a puestos de trabajo tradicionalmente femeninos (con atención a la velocidad, precisión, etc.), implica un perjuicio para las trabajadoras, haciendo que se haga discriminatorio el sistema que base exclusivamente su valoración en el tipo de características medias presumibles mayoritariamente en trabajadores masculinos ³⁸. Por otro lado, un mismo trabajo o un trabajo de igual valor debe ser retribuido de la misma manera, independientemente de quien lo realice (hombre o mujer): este carácter imperativo del principio de igualdad es aplicable tanto a las disposiciones legales y reglamentarias, como a los convenios colectivos y contratos de trabajo, entendiéndose por retribución todas las cantidades y complementos abonados por el empresario por razón de la relación de trabajo ³⁹. La igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos es, así, un principio que prohíbe toda discriminación para un mismo puesto de trabajo o un trabajo de valor igual, a menos que la diferencia de retribución se justifique por razones objetivas ajenas a la discriminación, por lo que el empresario no puede, en el momento de la contratación de los trabajadores, establecer una retribución distinta y justificar esta diferencia en la mejor calidad del trabajo efectuado por uno de ellos ⁴⁰.

³⁵ DOCE L-45, de 19 de febrero de 1975.

³⁶ La Directiva 75/117 «está destinada esencialmente a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribuciones establecido por el artículo 119 del Tratado y, por consiguiente, no afecta para nada al contenido y al alcance de este principio, tal como lo define esta última disposición» (STJCE 3-12-1987, asunto *Newstwad*).

³⁷ STJCE 1-7-1986, asunto *Rummler/Dato-Druck*.

³⁸ PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 99.

³⁹ STJCE 30-3-2000, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Arbetsdomstolen* (Tribunal de lo Social), en el marco del litigio entre *Jämställdhetsombudsmannen* (Defensor del pueblo en materia de igualdad de sexos) y *Örebro läns landsting* (Diputación provincial de Örebro) sobre la retribución de dos comadronas, que es inferior a la que percibe un ingeniero clínico, pese a que aquéllas efectúan un trabajo de igual valor.

⁴⁰ STJCE 26-6-2001, asunto *Brunnhöfer*.

- La interpretación amplia del término «retribución» comprende todos los elementos que integran el salario ⁴¹, incluidas las indemnizaciones por despido ⁴². Así, han de entenderse incluidas en la misma las cantidades que el empresario abone a terceros, o capitalice en cualquier otra forma, mediante el nacimiento futuro de derechos económicos a favor de los trabajadores a su servicio o sus causahabientes ⁴³, como por ejemplo es el caso de indemnizaciones complementarias pactadas en convenio que mejoran las prestaciones de Seguridad Social ⁴⁴, planes de pensiones del sistema de empleo ⁴⁵, o el del salario que debe pagar el empresario durante el período de baja por enfermedad de un trabajador ⁴⁶. Con mayor detalle, la STJCE 28-10-1999 (asunto *Comisión vs. República Helénica*) señala: que el concepto comunitario de retribución comprende todas las gratificaciones 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 ⁴⁷; que el Derecho comunitario prohíbe, en materia de Seguridad Social, toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial en relación con el estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social y las condiciones de acceso a ellos; que los convenios colectivos y los laudos arbitrales que establecen la concesión de prestaciones familiares y por matrimonio exclusivamente a los trabajadores del sexo masculino casados constituyen una discriminación directa ⁴⁸ por razón de sexo; y, en fin, que los Estados miembros están obligados a suprimir las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas contrarias al principio de igualdad de retribución, y tomar las medidas necesarias para que las disposiciones contrarias a dicho principio, que figuren en los convenios colectivos, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas.

⁴¹ STJCE 17-5-1990, asunto *Douglas Harvey Barber vs. Guardian Royal Exchange*.

⁴² STJCE 9-2-1999, asunto *Seymour-Smith y Pérez*, comentada sinópticamente por BRUUN, 2001, pp.: 317-318.

⁴³ STJCE 11-12-1997 (asunto *Magorrian y Cunningham vs. Eastern Health and Social Services Board y Department of Health and Social Services*), sobre cómputo de períodos de servicio de trabajadores a tiempo parcial en relación con el plan de pensiones complementarias establecido por la empresa.

⁴⁴ Estas indemnizaciones entran dentro del concepto comunitario de retribución, conforme señala la STJCE 13-7-2000, asunto *Defreyne vs. Sabena*.

⁴⁵ Cfr. STJCE 9-10-2001, asunto *Menauer*, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Bundesarbeitsgericht*, en el sentido de que en las prestaciones correspondientes a un plan de pensiones de la modalidad de empleo no son admisibles desigualdades por razón de sexo. Doctrina judicial que puede entenderse aplicable también a las prestaciones correspondientes a compromisos de pensiones no externalizados, que se mantengan mediante fondos internos o instrumentalizados en contratos de seguro.

⁴⁶ STJCE 13-7-1989, asunto *Rinner-Kühn*, sobre exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de una medida de protección social consistente en el mantenimiento de la totalidad del salario durante los días de baja por incapacidad temporal. En parecida línea, la STJCE 27-6-1990 (asunto *Kowalska*) señala que el artículo 141 del Tratado de Amsterdam ha de interpretarse en el sentido de que prohíbe que un convenio colectivo pactado para los servicios públicos nacionales permita al empresario excluir del pago de una indemnización por extinción de la relación laboral a los trabajadores a tiempo parcial. Cfr. PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 97.

⁴⁷ En parecidos términos, STJCE 17-5-1990, asunto *Barber*, y STJCE 6-2-1996, asunto *Lewark*.

⁴⁸ La discriminación directa por razón de sexo se deriva de actos u omisiones, directos o encubiertos, que, produciendo un resultado perjudicial, tienen como causa determinante el sexo. Cfr. PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 92.

B) Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁴⁹. Esta norma califica, en sus artículos 1.1, 2.1 y 2.3 y 5.1, el despido basado en embarazo de la trabajadora como discriminatorio por razón de sexo, equiparándosele la negativa a contratar o a renovar el contrato temporal de una trabajadora embarazada. Así lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en sentencias de 8-11-1990 (asuntos *Hertz*⁵⁰ y *Dekker*⁵¹, respectivamente) y de 5-5-1994 (asunto *Habermann-Beltermann*). En especial, en el asunto *Habermann-Beltermann* hay que remarcar que el TJCE declara opuesto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que un contrato de trabajo, de duración indeterminada y relativo a un trabajo nocturno, celebrado entre empresario y trabajadora embarazada ignorando ambas dicha situación biológica en el momento de celebración del mismo, sea declarado nulo por la jurisdicción nacional con base bien en la prohibición legal temporal (alemana) de trabajo nocturno durante el embarazo y la lactancia materna⁵², bien porque el empresario haya impugnado dicho contrato alegando error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

Además, la Directiva proscribire las discriminaciones directas e indirectas. Estas segundas (indirectas⁵³) han sido interpretadas por la jurisprudencia comunitaria con base en el método estadounidense del *advers impact* (efecto negativo), como criterio o técnica jurisprudencial

⁴⁹ DOCE L-39, de 14 de febrero de 1976. Por ejemplo, la STJCE 4-12-1997, asunto *Comisión vs República Italiana*, señala que, salvo en el caso de embarazo y maternidad, no parece que el trabajo nocturno presente mayores riesgos a las mujeres que a los hombres, por lo que un tratamiento diferenciado por razón de sexo respecto al trabajo nocturno no puede fundarse en prejuicios o convicciones difusas sobre una mayor nocividad genérica del trabajo nocturno para la mujer. En parecidos términos, STJCE 13-3-1997, asunto *Comisión vs. Francia*.

⁵⁰ En el asunto *Hertz*, el TJCE señala: – 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; – que 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 al despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones; – si una mujer es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre, no existe discriminación directa basada en el sexo.

⁵¹ En el asunto *Dekker*, el TJCE señala que la negativa a contratar a una mujer encinta, consistente en la conducta empresarial de no celebrar un contrato de trabajo con una candidata a la que había considerado apta para desarrollar una determinada actividad, viola directamente el principio de igualdad de trato. Como precisan CABEZA y LOUSADA (2001, p.: 122), el TJCE aplica el test *but for* (cambio hipotético del sexo del sujeto para verificar si las consecuencias jurídicas serían idénticas) para decidir que la referida conducta discriminatoria no puede justificarse ni mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico (costes salariales) padecido por el empresario para contratar a una mujer embarazada durante su periodo de licencia por maternidad, ni mediante la contratación alternativa de otra trabajadora.

⁵² Como señala ROCCELLA (2000, p.: 103), el tema de la prohibición de trabajo nocturno a las mujeres ha precisado de sentencias de condena para plegar la resistencia de ciertos legisladores nacionales, reacios a suprimir dicha prohibición. Como ejemplo, alude a la STJCE 4-12-1997, asunto *Comisión vs. República Italiana*, que provocó la entrada en escena de la Ley núm. 25, de 5-2-1999, cuyo art. 17 elimina la prohibición general de trabajo nocturno femenino, y a la STJCE 13-3-1997, asunto *Comisión vs. República Francesa*, que no ha provocado aún la supresión de dicha prohibición.

⁵³ La discriminación indirecta es aquella conducta o medida para cuya adopción no se ha tenido en consideración el factor prohibido (en este caso, el sexo), sino otros factores aparentemente neutros, a pesar de lo cual se produce un resultado desproporcionadamente adverso sobre un determinado colectivo por la concurrencia en él del factor prohibido. Cfr: PÉREZ DEL RÍO, 2000, pp.: 92-93.

dencial de identificación de la misma ⁵⁴. Resumidamente, la detección de la discriminación indirecta parte del levantamiento del velo de la apariencia como conducta objetiva, para incidir en lo que realmente constituye una causa de discriminación ⁵⁵, usando de forma contextualizada y no abstracta el principio de no discriminación ⁵⁶.

De esta guisa, el TJCE ha señalado que es contraria a la igualdad de trato una norma nacional que prive a la mujer del derecho a la promoción profesional por haber estado ausente de la empresa al disfrutar de permiso de maternidad ⁵⁷. De la misma suerte, la STJCE de 30-6-1998 (asunto *Brown vs. Rentokil Ltd.*) señala que el despido de una trabajadora, embarazada o en fase de permiso de maternidad, fundado en sus largos períodos de ausencia al trabajo por dificultades relacionadas con su estado de gravidez, o por una causa fundada esencialmente en su estado, constituye discriminación por razón de sexo.

De discriminación en el acceso al empleo califica la negativa a la contratación de trabajadora embarazada el TJCE en su sentencia de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*, en la que se juzga el despido de una trabajadora embarazada basado en dicha situación y en la que el empresario alegaba que no habría celebrado el contrato indefinido suscrito de haber conocido la existencia del embarazo. En similar sintonía, la STJCE de 3 de febrero de 2000 (asunto *Mahlburg vs. Land Mecklenburg-Vorpommern*) reitera que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres «se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho Estado impide, durante el período de embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto» ⁵⁸.

No puede dejar de mencionarse en este punto la doctrina del TJCE, contenida en cuatro sentencias (17-10-1995, asunto *Kalanke*, 11-11-1997, asunto *Marschall*, 28-3-2000 ⁵⁹, asunto *Badeck* y 6-7-2000, asunto *Abrahamsson y Anderson vs. Fogelqvist*) y relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a empleos en la Administración pública. De las cuatro sentencias indicadas, puede extraerse una conclusión que va más allá de

⁵⁴ STJCE 31-3-1981, asunto *Jenkins vs Kingsgate*.

⁵⁵ Por ejemplo, el control de la negociación colectiva y de los criterios aparentemente objetivos de la movilidad o de la flexibilidad (STJCE 27-6-1990, asunto *Kowalska vs Freie und Hansestadt Hamburg*); o la reducción del ámbito de aplicación de las causas de justificación de la discriminación mediante el control de los sistemas de promoción profesional penalizadores del trabajo a tiempo parcial (STJCE 7-2-1991, asunto *Nimz vs Freie und Hansestadt Hamburg*).

⁵⁶ CARUSO, 1997, p.: 93.

⁵⁷ STJCE 30-4-1998, asunto *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés vs Thibault*. En ella, el TJCE señala la incompatibilidad entre la Directiva 76/207 y una norma nacional francesa que dificulta el derecho a beneficiarse de una promoción profesional basada en la antigüedad, al no contabilizar el periodo en que la trabajadora se ha encontrado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad. Cfr. PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 109.

⁵⁸ CABEZA y LOUSADA, 2001, pp.: 123-124.

⁵⁹ La diferencia entre los asuntos *Kalanke* y *Marschall* radica en que en este segundo caso el establecimiento de cuotas (prioridad de acceso a favor de las mujeres) es compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo, siempre que se prevea simultáneamente una cláusula de apertura (apreciación objetiva de las candidaturas presentadas, que llegado el caso permita derogar la prioridad a favor de las mujeres teniendo en cuenta otros criterios no discriminatorios, directa o indirectamente, contra las mujeres). Cfr. PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 105.

los concretos casos resueltos en cada una de ellas. A saber: toda acción encaminada a promover *prioritariamente* (cláusula de apertura para reducir o eliminar desigualdades de hecho) a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas (a fin de mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo: discriminación positiva ⁶⁰), debe considerarse compatible con el Derecho comunitario si concurren tres requisitos: – que no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos; – que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos; – que no se utilicen métodos de selección de personal desproporcionados, que otorguen una preferencia absoluta al sujeto perteneciente al colectivo infrarrepresentado, frente a otro candidato que objetivamente (por mayores méritos) y en caso contrario hubiera sido designado para el puesto.

Es especialmente destacable en esta materia el pronunciamiento del TJCE de fecha 4 de octubre de 2001, asunto *Brandt-Nielsen vs. Tele Danmark*. En el mismo, el TJCE señala dos cuestiones de interés: la primera, que el artículo 5.1 de la Directiva 76/207 y el artículo 10 de la Directiva 92/1985 se oponen a que una trabajadora sea despedida por encontrarse embarazada cuando la interesada fue contratada para un empleo temporal ⁶¹, aunque no advirtiera en ese momento al empleador de su estado biológico ⁶² y pese a que su situación no le permitía trabajar durante una parte significativa del contrato; la segunda, que la dimensión de la empresa (gran empresa, en el caso) o el frecuente recurso de la misma a la contratación por tiempo determinado, son datos irrelevantes a efectos de considerar la existencia de discriminación por razón de sexo en el despido practicado. En conclusión, de esta sentencia puede extraerse la idea de que constituye discriminación directa por razón de sexo el despido de una trabajadora embarazada sometida a relación laboral a término ⁶³, y también, en opinión compartible de la doctrina científica, la conducta empresarial de no contratarla a causa de su situación de embarazo ⁶⁴.

⁶⁰ La discriminación positiva es el instrumento por el que se otorga un tratamiento más beneficioso a un colectivo específico que se halla en condiciones comparativamente inferiores a los que se le suponen homólogos, con objeto de lograr su igualdad. Como señala BALLESTER (1994, p.: 78) «el instrumento para la igualdad sustancial o real es precisamente la desigualdad de trato normativo».

⁶¹ Un caso similar fue resuelto por la STC 173/1994, de 7 de junio: en ella, nuestro TC señala que la renovación de un contrato temporal por causa de embarazo supone discriminación por razón de sexo.

⁶² Pues la trabajadora no tiene que manifestar, ni en la fase de selección ni en el momento de la contratación, cualesquiera que sean las preguntas que le formule el empresario, su estado de encinta. *Cfr.* TAPIA, 2001, p.: 110.

⁶³ En parecidos términos se manifiesta la STJCE de la misma fecha (4-10-2001), asunto *Jiménez vs. Ayuntamiento de Los Barrios*. En ella, el tribunal declara que si la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada está motivada por el embarazo de la trabajadora, ello constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207. Un excelente comentario de ambas sentencias (*Brandt-Nielsen y Jiménez*), en TAPIA, 2001.

⁶⁴ CABEZA y LOUSADA, 2001, p.: 131.

Sumamente interesante es también la STJCE de 11 de enero de 2000, asunto *Kreil vs. Bundeswehr* (ejército federal alemán). En este caso, la Sra. Kreil vio denegada su solicitud de alistamiento *Bundeswehr* para ocupar un empleo en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas). Entiende el tribunal comunitario que la normativa alemana que prohíbe el acceso de las mujeres a los puestos de trabajo que impliquen armas, y que sólo permite el acceso de aquéllas a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar, contradice la Directiva 76/207, de 9 de febrero, por tratarse de una disposición prohibitiva de carácter general y no excepcional. Señala también que la exclusión de acceso en este caso «no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio». Marca así el TJCE una línea diferencial respecto a otros pronunciamientos en los que sí apreció la justificación de dichas exclusiones de acceso por razón de sexo, como por ejemplo a los puestos de vigilante jefe de prisiones (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto *Comisión vs. Francia*), a determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto *Johnston*) o también para el servicio en determinadas unidades de combate especiales (negativa a contratar a cocinera en los *Royal Marines*: STJCE de 26 de octubre de 1999, asunto *Sirdar vs. The Army Board*).

Con relación a la actividad profesional de los trabajadores autónomos, es destacable la conexión entre las Directivas 76/207 y 86/613, relativa esta última a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como la protección de la maternidad. Esta interconexión se ha tratado en la STJCE de 6-4-2000, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Østre Landsret* (Tribunal Regional del Este de Dinamarca)⁶⁵. A lo que aquí interesa, la referida sentencia señala que una normativa nacional discrimina indirectamente a las trabajadoras femeninas cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, *perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres*, salvo que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas, ajenas a cualquier discriminación de sexo (en el caso concreto, presupuestarias: la buena gestión del gasto público destinado a los cuidados médicos especializados).

En línea de cierre, procede traer a colación la STJCE de 22-9-1998, asunto *Coote vs. Granada Hospitality Ltd*. En esta resolución, el tribunal comunitario sienta el siguiente criterio: el artículo 6 de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, obliga a los Estados miembros (en el caso enjuiciado, al Reino Unido) a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral (despido a causa de embarazo de la trabajadora), se niega a proporcionar referencias (en el caso, a agencias de colocación) como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de dicha Directiva.

⁶⁵ Estas cuestiones se plantearon en el marco de un litigio entre, por un lado, la Sra. *Jørgensen* (reumatóloga) y, por otro, la *Foreningen af Speciallæger* (Asociación Danesa de Médicos Especialistas) y el *Sygesikringens Forhandlingsudvalg* (Comité de Negociaciones sobre el Seguro de Enfermedad), relativo a la aplicación de un modelo de transformación de consultas médicas pactado por convenio y destinado a limitar el ejercicio de la actividad de los médicos especialistas a tiempo parcial (fijando un límite máximo y uniforme de los ingresos para las consultas a tiempo parcial).

C) Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social ⁶⁶. Esta norma ha sido completada con la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio (modificada por Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996 ⁶⁷), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes de Seguridad Social ⁶⁸. En ambos textos se entiende que el principio de igualdad de trato impide tanto las discriminaciones directas como las indirectas que afectan al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social, a las condiciones de acceso a los mismos, a las obligaciones de cotizar y al cálculo de las prestaciones.

Las tres Directivas referidas constituyen el punto de partida de las políticas de igualdad por razón de género en la política social comunitaria, gracias, como se ha señalado con acierto, a «una ingeniosa obra de ingeniería jurídica realizada por la doctrina y por la jurisprudencia comunitaria, para tratar de superar la desconsideración del tema de la igualdad (por razón) de sexo en el Tratado (de Roma)» ⁶⁹.

2.2. De otro lado, el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 establece (del mismo modo que el art. 5.1 de la precedente 76/207 ⁷⁰) la prohibición de despido por causa de maternidad, entendiéndose ésta referida a todo el período comprendido entre la comunicación del estado de gravidez al empresario hasta el final del permiso de maternidad. La razón de base es el rechazo a que la «gravidez» constituya incapacidad para el trabajo que pueda fundar la decisión empresarial. Ahora bien, lo que no prohíbe el artículo 10.1, para lo cual remite a las legislaciones internas, es que el despido se produzca por circunstancias ajenas al embarazo de la trabajadora.

Sobre esta Directiva y su conexión con las Directivas 75/177, 76/207 y 89/391 (seguridad y salud de los trabajadores), trata la STJCE 19-11-1998, asunto Høj Pedersen, Andersen, Pedersen y Sørensen (trabajadoras) vs. Kvickly Skive, Bagner y Rasmussen y Hvitfeldt Guld og Sølv ApS (empresarios). El asunto enjuiciado gira en derredor del mantenimiento del salario de las trabajadoras durante ausencias del trabajo debidas a sus embarazos. Entiende el tribunal que las citadas ausencias, como consecuencia de trastornos comunes del embarazo o por simple prescripción médica, no pueden considerarse esencialmente basadas en una incapacidad para trabajar, por lo que el empresario no tiene por qué abonarles el salario, al margen de la institución pública correspondiente que les abone el subsidio oportuno. Cuestión distinta es que, ante una evaluación positiva de riesgos laborales para la mujer embarazada, para el feto o durante el período de lactancia, el empresario puede

⁶⁶ DOCE L-6, de 10 de enero de 1979.

⁶⁷ Esta modificación obedece a la STJCE de 17-5-1990, asunto *Douglas Harvey Barber vs Guardian Royal Exchange*.

⁶⁸ DOCE L-225, de 12 de agosto de 1986.

⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, p.: 1.

⁷⁰ En el mismo sentido, Directiva 96/341/CEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, *sobre el permiso parental*, en la que se insta a la adopción de *acciones afirmativas a favor de la mujer* en el ámbito laboral. En dicha Directiva, por la que se exhorta a los Estados miembros a la regulación de un permiso que permita al trabajador –sin distinción de sexo– suspender su actividad laboral durante un tiempo determinado para dedicarse al cuidado de sus hijos, se arbitran garantías especiales contra el despido del trabajador excedente o ausente.

proceder a una organización provisional de las condiciones o tiempo de trabajo, si no es posible, a un cambio de puesto, y sólo tras esto la trabajadora queda dispensada (suspensión contractual ⁷¹ y prestación por riesgo durante el embarazo, en nuestro ordenamiento) de trabajar durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o salud.

2.3. La Directiva 97/80/CE de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo ⁷², establece:

- A) Que la igualdad de trato comporta la ausencia de toda discriminación laboral por razón de sexo, directa o indirecta ⁷³. Existe discriminación indirecta, conforme a esta Directiva (art. 3.2), «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica de un modo desproporcionado a las personas de un sexo determinado, a menos que el objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica esté objetivamente justificado y cuando los medios para alcanzarlo sean apropiados y necesarios» ⁷⁴.
- B) Que si el demandante aporta hechos que permitan presumir la existencia de discriminación por razón de sexo, corresponde al demandado demostrar que no ha existido la misma.

Criterios ambos que no se desconocen en nuestra jurisprudencia constitucional (amén de la salvaguarda del mayor nivel de protección en los Estados miembros que la propia Directiva contiene), pero que, en cualquier caso, requerían la transposición, antes del 1-1-2001, en aquellos Estados miembros que no contaran con los mismos. El criterio de la discriminación indirecta no es acogido formalmente por nuestra jurisprudencia hasta la STC 145/1991, de 1 de julio ⁷⁵, a pesar de lo cual el principio no tiene respaldo legal (al menos en el Derecho español, que en este punto deberá acomodarse a la Directiva 97/80, cuyo art. 2.2 sí recoge el concepto de discriminación indirecta).

⁷¹ Sobre la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, MARÍN y GORELLI, 2001, pp.: 119 y ss.

⁷² DOCE L-14, de 20-1-1998.

⁷³ *Cfr.*, por ejemplo, STJCE de 28-3-2000, asunto *Georg Badeck y otros vs. Landesanstalt für Arbeitsschutz und Berufshilfe*, en la que el TJCE recuerda que la igualdad de trato supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirecta».

⁷⁴ El concepto de discriminación indirecta ha sido acogido también en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (art. 2.2 b), y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, independientemente de la religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 2.2 b).

⁷⁵ Según la cual «la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo». En parecidos términos, STC 147/1995, de 16 de octubre.

ta, que puede valorarse a través de dos instrumentos básicos: la prueba de indicios y la prueba estadística ⁷⁶), como tampoco tienen acogida métodos más eficaces como la prueba estadística. Además, en la práctica tampoco se utilizan los mecanismos que la ley pone a disposición de los agentes sociales, por cuanto no se utilizan algunos como el informe de asesores expertos (*ex art. 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*), ni tampoco proporciona eficacia el control de legalidad de los convenios colectivos donde se contienen las más claras vulneraciones al principio de igualdad (especialmente salarial), bajo fórmulas aparentemente neutras (pero que funcionan en perjuicio del colectivo desfavorecido, la mujer, al estar referidas a trabajos en su mayor parte desempeñados por dicho colectivo, en este caso, mujeres).

Sobre la Directiva 97/80 ha tenido ocasión de pronunciarse la STJCE de 26-6-2001, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Oberlandesgericht Wien* sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117, en el marco de litigio suscitado entre la Sra. *Brunnhofner* y el *Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, sobre la diferencia entre la retribución pagada por éste a la Sra. *Brunnhofner* y la percibida por un compañero de trabajo de ésta. El tribunal comunitario señala que recae la carga de la prueba sobre quien alega discriminación (trabajadora), que debe demostrar que existen indicios de una desigualdad de retribución, siendo entonces el empresario al que corresponde probar que no ha existido la misma.

En nuestra doctrina judicial y conectada a esta interpretación del TJCE, es absolutamente imprescindible la mención a la reciente STSJ Galicia de 28-9-2001 ⁷⁷. En ella, el tribunal gallego califica como nulo el despido de una trabajadora embarazada por ausencias al trabajo, debidas a la hospitalización de la misma a causa del parto, pues: – la empresa alegó la falta de comunicación por parte de la trabajadora de la causa justificativa de tales ausencias, pero el tribunal entiende que la existencia objetiva del embarazo en el momento del despido basta para trasladar al empresario la carga de probar su procedencia por causas no inherentes al embarazo; – de ahí que se presuma que el empresario conoce el embarazo y que ello es la causa del despido, según resulta de las pruebas practicadas en la instancia.

2.4. La Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza por los presidentes del Consejo, del Parlamento y de la Comisión Europea, reconoce la no discriminación por razón de sexo (art. 20), así como la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos «inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», igualdad que «no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado» (art. 23). La Carta, sin embargo y como se sabe, no ha sido incorporada todavía al sistema de los Tratados fundacionales ni ha sido aprobada como normativa vinculante. Se trata,

⁷⁶ La prueba estadística (porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida) opera como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria. En otras palabras, mide la intensidad del efecto del uso de un factor aparentemente neutro y, en principio, legítimo, en la adopción de determinada medida, al aplicarse dicha medida a un colectivo determinado, caracterizado por una situación histórica de discriminación. *Cfr: PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 93.*

⁷⁷ *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, ed. Estudios Financieros, núm. 226, enero de 2002, pp.: 250-252.

en consecuencia, de un documento solemne que, a caballo entre las fórmulas de *soft law* y de *hard law*⁷⁸, proclama dichos derechos, junto a otros, con valor político-jurídico y no con rango propiamente normativo⁷⁹.

III. LA TUTELA DE LA MUJER EN LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA INTERNAS: ACCESO AL EMPLEO Y DESPIDO NULO POR DISCRIMINATORIO

1. En nuestro Derecho interno, la norma que funda directamente la prohibición de despido por razón de embarazo o maternidad emana de la CE (art. 14), y se recoge en el artículo 55.5 TRLET, según el cual es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley (art. 17.1 TRLET). Por tanto, no basta con que el despido *concurra con* la situación de gravidez de la trabajadora, siendo preciso, por el contrario, que *se funde* precisamente *en* dicha circunstancia. Es decir, el Derecho español posconstitucional vulneraba, en cierta medida, el artículo 6 del Convenio OIT núm. 103, en tanto éste, del mismo modo que el artículo 79 de la derogada Ley del Contrato de Trabajo de 1944, prohíbe el cese de la relación laboral instado durante el período de descanso por maternidad (provocando que no surta efectos hasta el fin de la suspensión, aunque sea notificado con anterioridad).

La doctrina del Tribunal Constitucional (TC) con relación a la no discriminación ha venido, como es conocido, de la mano de la construcción del despido «radicalmente nulo», en primer lugar⁸⁰, y de la no discriminación por razón de sexo⁸¹, en segundo término. De esta forma, el TC ha configurado una densa y, en términos generales, progresista jurisprudencia sobre la no discriminación por razón de sexo⁸² en beneficio de la mujer trabajadora⁸³, llegando a cuestionar las dife-

⁷⁸ BRUUN, 2001, p.: 323.

⁷⁹ MONEREO, 2001, p.: 43.

⁸⁰ Recuérdese, a título indicativo, la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que sienta las bases del despido radicalmente nulo y de la inversión de la carga de la prueba, posteriormente seguida por la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en STC 47/1985, de 27 de marzo, que declara radicalmente nulo el despido de una profesora de colegio privado derivado de conflicto ideológico con el ideario del centro docente.

⁸¹ SSTC 207/1987, de 2 de diciembre y 145/1991, de 1 de julio.

⁸² La solicitud de amparo ante el TC denunciando discriminación por razón de sexo «constituye *petitum* frecuente en materia de litigiosidad laboral, del que el alto Tribunal viene ocupándose desde su creación» (*cfr.* MONTROYA, 1995, p.: 17). Ejemplos de SSTC sobre los «privilegios» por razón de sexo de la mujer trabajadora, son las núms. 81/1982, de 21 de diciembre –desigualdad retributiva entre ATS mujeres y varones–, 98/1983, de 15 de noviembre –retribución del trabajo nocturno–, 103 y 104/1983, de 22 de noviembre, y 158/1990, de 18 de octubre –pensión de viudedad y discriminación por razón de sexo–, 38/1986, de 21 de marzo –valoración desigual de los tramos de jornada extraordinaria–, 207/1987, de 22 de diciembre –nulidad de cláusula de convenio que reconocía jubilación anticipada a las mujeres auxiliares de Iberia en condiciones desiguales respecto a los varones–, 145/1991, de 1 de julio –trabajo de igual valor, igualdad de salarios–, 28/1992, de 9 de marzo –compensación por trabajo nocturno para las trabajadoras–, 3/1993, de 14 de enero –pensión de orfandad y discriminación por razón de sexo–, 58/1994, de 28 de febrero y 286/1994, de 27 de octubre (rechazo del «esfuerzo masculino» y de criterios de desigualdad salarial no vinculados objetivamente al puesto de trabajo) y, en fin, 317/1994, de 28 de noviembre –nulidad de dote por matrimonio prevista en Ordenanza Laboral–.

⁸³ Con algunas excepciones: es el caso de las SSTC 128/1987, de 16 de julio –desigualdad «justificada» de plus de guarderías del INSALUD–, 109/1993, de 25 de marzo –en la que se estima no discriminatorio el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que concedía periodos de lactancia sólo para las trabajadoras–, 16/1995, de 24 de enero –jubila-

rencias biológicas como elemento justificador de la desigualdad de trato, si tras ellas se esconde una protección que puede ser lesiva de los derechos e intereses de la mujer (es el caso «Hunosa», resuelto por STC 229/1992, de 14 de diciembre ⁸⁴).

Conectando con lo que se acaba de decir, el despido que tenga por causa motivadora el «factor sexual diferencial» del embarazo de la mujer, incurre de plano en una discriminación «directa» por razón de sexo (entendiendo por tal la diferencia de trato por causa o consecuencia del sexo ⁸⁵), teniendo en cuenta que la conducta discriminatoria se califica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, «que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas, por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la CE, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)» ⁸⁶. Con la finalidad de arbitrar medidas frente a tales despidos, las diversas legislaciones ⁸⁷ (también la nuestra: Ley 39/1999) inspiran su normativa no sólo hacia la especial tutela de la que es acreedora la mujer trabajadora, sino también en sintonía con las recientes tendencias legislativas, marcadas por la preocupación por el fomento de la natalidad y por la necesidad de diseñar mecanismos jurídicos que permitan compatibilizar las responsabilidades familiares con el trabajo.

Tales instrumentos pueden actuar tanto durante el período de embarazo o gravidez, cuanto durante el período posterior al puerperio o post-parto, pero la observación del Derecho comparado permite concluir que los mayores esfuerzos se concentran, preferentemente, en el período correspondiente al descanso pre o post-natal, es decir, el que se corresponde con el período de suspensión del contrato por maternidad, paternidad o adopción ⁸⁸. La concesión de un período de suspensión o descanso puerperal a los padres biológicos o adoptivos en igualdad de condiciones podría hacer innecesario reforzar la protección contra el despido durante tal período, si lo que se persigue es garantizar la igualdad de los sexos o evitar la discriminación por razón de sexo. Ahora bien, la discriminación puede trasladarse, como apunta ALONSO OLEA ⁸⁹, desde la perspectiva del sexo a la de las razones familiares, en cuyo caso la garantía debe mantenerse, porque la discriminación es susceptible de producirse.

ción anticipada a menor edad para la mujer, conforme a Reglamentación de Trabajo—o 198/1996, de 3 de diciembre—despido por no superación de período de prueba, declarado procedente al basarse aquél en la falta de fuerza física en la mujer despedida que la tarea a desempeñar requería—.

⁸⁴ Respecto al polémico tema del trabajo en el interior de las minas, el TC entiende que dicha prohibición para las trabajadoras no puede calificarse «como una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe, al impedir el acceso a la mujer a determinados empleos». Entiende el TC que «no existen razones concluyentes que permitan llevar a la conclusión de que las condiciones especialmente gravosas del trabajo en el interior de las minas o el riesgo para la salud o de accidentes se incrementen en todos los casos por la constitución y condiciones de la mujer respecto del varón», por lo que «aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir determinadas exigencias de fortaleza y condición física, éstas habrán de ser exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de su sexo»; de esta forma, comprobadas dichas exigencias «no existe razón alguna (salvo que esté en juego, lo que no ocurre en el presente caso, el embarazo o la maternidad) que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer de este tipo de trabajo».

⁸⁵ REY MARTÍNEZ, 1995, p.: 77; QUINTANILLA, 1996, p.: 33.

⁸⁶ STC 173/1994, de 7 de junio.

⁸⁷ RIVAS, 1998.

⁸⁸ RIVAS, 1998, p.: 210.

⁸⁹ ALONSO OLEA, 1988.

En todo caso y sin abandonar el terreno de la discriminación por razón de sexo, es evidente que la concesión en pie de igualdad de un mismo derecho a ambos progenitores no enerva la necesidad de arbitrar mecanismos adicionales de tutela, ya que, si bien existe un estricto respeto del principio de no discriminación directa, puede estar incurriéndose en una discriminación indirecta ⁹⁰, por cuanto es la mujer la que preferentemente hace uso de dicho derecho en la práctica, a pesar de que la finalidad perseguida por la norma sea que dichas responsabilidades sean compartidas al cincuenta por ciento y con independencia de que la tendencia social y jurídica (acción positiva ⁹¹) sea a la igualdad ⁹².

De manera transitoria, la medida protectora de la mujer debe mantenerse, como sostiene la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 1983, asunto *Ulrich Hoffman vs. Barmer Ersatzkasse Wuppertal*. En tal sentido se han venido expresando la ley y la jurisprudencia españolas. En cuanto a la ley, la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, sobre el permiso parental, aludía a la «discriminación por razón de género» que se sigue produciendo, aunque de forma indirecta, en el ámbito del acceso al mercado laboral en la selección de personal, llamando la atención sobre el hecho de que, a pesar de la adaptación de los «códigos legales» al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, la realidad continúa siendo desfavorable al acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, motivado por la división del trabajo entre sexos existente en nuestra sociedad. Por ello, la jurisprudencia constitucional justifica, en atención a la tutela que merece la maternidad, «medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer» ⁹³.

Es en esa línea en la que se inscriben la mayor parte de los Derechos internos: en efecto, la tendencia generalizada es la de proteger no de forma indirecta a la mujer, reforzando los mecanismos de tutela sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, sino de forma directa, de modo que las medidas protectoras nacen, en la mayor parte de los Derechos internos, en un solo titular: la mujer. La prohibición del despido por causa de la maternidad gira en torno a una presunción: que, salvo que se demuestre lo contrario, todo despido realizado durante el período de maternidad próxima o reciente tiene carácter discriminatorio. De ahí que se prohíba el despido tanto si fue directamente motivado por la maternidad de la trabajadora como si, sencillamente, tuvo lugar durante el período de embarazo y suspensión por maternidad.

⁹⁰ Cfr. SSTJCE 8-11-1990, asuntos *Hertz y Dekker*, respectivamente, 5-5-1994, asunto *Habermann-Beltermannk*, 14-7-1994, asunto *Web*, y 29-5-1997, asunto *Larsson*.

⁹¹ La acción positiva es el conjunto de medidas que tienen por finalidad garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres. Cfr. PÉREZ DEL RÍO, 2000, p.: 103.

⁹² Sobre la acción positiva, SIERRA, 1999; LÓPEZ LÓPEZ y CHACARTEGUI, 2000, pp.: 20-22; también, RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, pp.: 2-7 y 10, aludiendo a la transversalidad de la igualdad de género como principio constitucional que ha de guiar la acción comunitaria (*mainstreaming* o integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y acciones).

⁹³ Cfr. STC 229/1992, de 14 de diciembre, fdo. jdco. segundo.

Asimismo, debe puntualizarse que las garantías consisten en todos los supuestos, salvo las variaciones que se observarán a continuación, en la prohibición del despido fundado en el embarazo de la mujer o en el disfrute del descanso por maternidad, durante un período más o menos largo de tiempo, pero no de la terminación del contrato. Por tanto, en ningún caso tienen virtualidad para prolongar la duración de los contratos de duración determinada, ni para perpetuar un contrato a prueba.

En el supuesto específico del despido de una trabajadora embarazada ⁹⁴, además de ponerse de relieve por el alto tribunal que «difícilmente las causas de despido podrán disociarse del estado de gestación de la recurrente y que por ello su protección se encuentra aun si cabe más reforzada bajo el paraguas del artículo 14 CE», se enfatiza la doctrina sentada en numerosa jurisprudencia anterior de que el órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputables al trabajador, «además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador, y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio». En esta línea de hechos y causas discriminatorias probadas, se declara la nulidad del despido practicado en diversos pronunciamientos judiciales, a cuyo tenor merecen dicha calificación tanto el despido de trabajadora embarazada que inicia un proceso de incapacidad temporal y no aporta partes de baja y confirmación en los términos legalmente previstos (siendo la causa real del despido la gestación) ⁹⁵, cuanto el despido de trabajadora que se halla en situación de baja por riesgo de aborto ⁹⁶.

Ese «estado de cosas» normativo ha sido reordenado, como se sabe, por la Ley 39/1999, que califica como nulo el despido que afecte a trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad o riesgo, de un lado, y, de otro, a trabajadoras que se encuentren en situación de suspensión del contrato por maternidad, riesgo por embarazo, adopción o acogimiento. En esta línea, la STC 20/2001, de 29 de enero, ha señalado que el embarazo es un elemento o factor diferencial que, en tanto que «hecho biológico incontrovertible (STC 240/1999, de 20 de diciembre, f.j. 7.º), incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, f.j. 2.º) de suerte que la extinción causal del contrato de trabajo de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo ⁹⁷.

Además, dicha calificación de nulidad se ha extendido al despido de trabajadores que hubieran solicitado o estuvieran en el disfrute de permiso parental (lactancia, reducción de jornada ⁹⁸ o

⁹⁴ STC 136/1996, de 23 de julio.

⁹⁵ STSJ País Vasco de 23-5-2000 (recurso 654/2000), consultada en *Normacef Social*.

⁹⁶ STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid, de 30-5-2000 (recurso 1095/2000), consultada en *Normacef Social*.

⁹⁷ Recuerda esta STC su jurisprudencia anterior, cuando señala que «hemos tenido ocasión de extender la referida tutela incluso respecto de decisiones empresariales descausalizadas, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o, igualmente, respecto de la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio)».

⁹⁸ En el caso resuelto por la STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid, de 6-3-2001 (recurso 323/2001, consultada en *Normacef Social*), se califica como nulo el despido disciplinario de una trabajadora que se encontraba disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijos. La nulidad se basa en que la empresa no consigue acreditar incumplimiento contractual alguno que justifique el despido disciplinario.

excedencia), cerrándose el panel de garantías con la exclusión del cómputo de absentismo (52.d TRLET) ⁹⁹ de las ausencias por riesgo durante el embarazo o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia.

Ahora bien, la reordenación referida no supone la entrada en juego *iuris et de iure* de la nulidad del despido por discriminación de trabajadora embarazada, ni desde luego la no aplicabilidad del mecanismo de los indicios. Así lo indica, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha de 16-6-2000 (recurso 562/2000) ¹⁰⁰, cuando señala que el cese de mujer embarazada producido al término del contrato temporal suscrito no supone la nulidad de un despido que no existe, pues la trabajadora se limitó en sede procesal «a mantener que estaba embarazada, sin aportar el más mínimo indicio de que su cese tenga nada que ver con su estado de embarazo», por lo que «habrá de confirmarse la extinción de la relación laboral por terminación del contrato, sin que a ello obste la reforma operada en la materia por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras».

2. La garantía de indemnidad de los trabajadores y trabajadoras que ejercitan sus derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, en los términos de la Ley 39/1999, se basa en el Acuerdo Marco comunitario sobre permiso parental (celebrado por UNICE, CEEP y CES) ¹⁰¹, plasmado en el artículo 2.4 de la Directiva 96/34, sobre permisos parentales ¹⁰². Creo, sin embargo, que estas «garantías de indemnidad» previstas en la Ley 39/1999 son insuficientes, pues también hubieran debido calificarse como nulas (a modo de prohibición «genérica») la movilidad funcional no sustancial (art. 39, apartados 1 a 4 TRLET) y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo durante los períodos de suspensión por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia, y durante los períodos de embarazo, lactancia o reducción de jornada, a salvo, claro es, de que la empresa pudiera justificar la procedencia de su decisión modificativa (por ejemplo, demostrando que la modificación sustancial adoptada no responde a motivos relacionados con el embarazo o la lactancia, o con el ejercicio del derecho a los permisos o licencias señalados) ¹⁰³.

Consiste la indemnidad mencionada en la prohibición de la extinción del contrato, especialmente el despido, de la trabajadora desde el comienzo del embarazo hasta después de agotar los permisos por lactancia, y mientras se halle en el disfrute de alguna de las licencias reconocidas para el

⁹⁹ Al respecto, MARÍN y GORELLI, 2001, pp.: 204-210.

¹⁰⁰ Consultada en *Normacef Social*.

¹⁰¹ Este Acuerdo marco establece una serie de disposiciones mínimas con el objetivo de facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de los padres que trabajan, y dirigidas al fomento de nuevos modos de organización flexible del tiempo de trabajo, en conexión con las necesidades familiares. *Cfr:* AGUILERA y CRISTÓBAL, 2002, pp.: 15-16.

¹⁰² Señala este precepto que «con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho a permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber presentado la solicitud o disfrutar de un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales».

¹⁰³ Una crítica diversa y sumamente interesante a las carencias de dichas garantías de indemnidad, en PÉREZ DEL RÍO, 2001, pp.: 66-67.

cuidado de los hijos, o que el período de preaviso dado por el empresario expire durante tales situaciones, así como en la consideración de ausencia no computable a efectos de faltas de asistencia en materia de despido por causas objetivas *ex* artículo 52 d) ET, tanto el riesgo durante el embarazo como las enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia ¹⁰⁴, con la sanción de nulidad del despido ¹⁰⁵.

En este sentido, es interesante destacar de entre la doctrina judicial la STSJ Madrid de 18 de mayo de 2000 (recurso 1078/2000) ¹⁰⁶, en la que se indica que el despido practicado durante el período de prueba a una mujer gestante ha de considerarse nulo, pues la mujer que solicita trabajo no tiene obligación de comunicar su estado de embarazo al empleador, ni dicha condición biológica puede suponer la legitimidad de la empresa para rechazar su contratación siquiera temporal. En idéntico sentido se pronuncia la STSJ Cataluña de 23-10-2001 ¹⁰⁷, que califica como despido nulo por discriminatorio la extinción del contrato de una trabajadora durante el período de prueba, acordada por la empresa al conocer el embarazo de dicha trabajadora.

La STSJ Madrid de 17-7-2001 ¹⁰⁸ resuelve el caso de una trabajadora que, habiendo sido despedida por la empresa sin otro motivo que por su estado de gravidez, impugnó dicho despido, reconociendo en acto de conciliación la empresa la nulidad del despido; en el momento de la readmisión, ésta se produjo de forma irregular (traslado a otra capital –Barcelona– por 6 meses, pese al avanzado estado de gestación y con funciones de secretaria sin calificación), de forma que se puso en peligro a la trabajadora, embarazada de 7 meses, pues ésta iba a dar a luz en breve plazo y fuera de su domicilio habitual. El TSJ ordena, de acuerdo con el juzgador de instancia, la reincorporación de la trabajadora al mismo puesto de trabajo anterior al despido (como secretaria de dirección), entendiéndose que hay una acumulación de acciones correcta, pues no se acumulan acciones por despido (no es el caso, pues en conciliación administrativa se zanjó el tema) e impugnación de movilidad geográfica, sino que se acumula esta acción (movilidad geográfica, que la empresa utiliza para enervar el cumplimiento de la obligación de readmisión en el mismo puesto de trabajo) con la ejecución del acta de conciliación (donde se reconocía la nulidad del despido practicado).

¹⁰⁴ La prohibición extintiva alcanza a las siguientes situaciones: 1) suspensión del contrato por maternidad, acogimiento y adopción; 2) suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo; 3) embarazo, desde la fecha de inicio del mismo (¿aunque no sea comunicado?) hasta la del comienzo del período de suspensión por parto; 4) permiso por lactancia, desde su solicitud y mientras dure su ejercicio; 5) reducción de jornada por cuidado de familiares, desde su solicitud y mientras dure su ejercicio; y 6) excedencia por cuidado de familiares (hijos y otros familiares), desde su solicitud.

¹⁰⁵ La prohibición de despido determina la nulidad del mismo y opera en los siguientes casos: a) extinción por causas objetivas (art. 53.4 ET, sobre la forma y efectos de la misma); b) despido disciplinario (art. 55.5 ET, sobre la forma y efectos del mismo); c) cualquier otra causa de extinción, conforme al artículo 122.2 LPL, en el que también se recogen los supuestos anteriores, refiriéndolos, en general, a la decisión extintiva. Lo que el precepto no ampararía, al menos en el nuevo apartado que introduce la Ley 39/1999, es la no renovación de un contrato de duración determinada, o el desistimiento en período de prueba, alegable por la trabajadora embarazada al amparo del primer párrafo de dicho artículo 122.2, existencia de discriminación, basada en el sexo (o en el embarazo, e indirectamente en el sexo). La nulidad puede salvarse por la declaración de judicial sobre la procedencia de la decisión extintiva, cuando se demuestre –por el empresario– que no se basó en «motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

¹⁰⁶ Consultada en *Normacef Social*.

¹⁰⁷ *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, ed. Estudios Financieros, núm. 228, 2002, pp.: 176-178.

¹⁰⁸ *Actualidad Laboral* núm. 1, 2002, ref. 24.

Diversamente y de forma más discutible, la STSJ Galicia de 9-12-1998 ¹⁰⁹, interpretando sistemáticamente el artículo 14 CE, los artículos 1.2 y 5.1 de la Directiva 76/207, el Convenio núm. 103 y la Recomendación núm. 95 OIT, señala que «no hay discriminación por razón de sexo cuando el procedimiento seguido para ofertar el contrato es idéntico para todo el personal que integra las listas de espera, respetando rigurosamente el orden de puntuación siempre que el trabajador se encuentre en situación de alta, situación que no se cumple si la trabajadora está en situación de maternidad».

3. Anotado todo lo anterior, creo que resulta ahora de sumo interés esbozar algunos trazos adicionales de la doctrina del TC y de la doctrina judicial anterior y posterior a la Ley 39/1999. Veamos.

3.1. La STC 173/1994, de 7 de junio, mantiene que «la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres». Ello a pesar de que en alguna ocasión haya apuntado la diferencia entre ambos conceptos ¹¹⁰ y a pesar de que, como se mantiene en la STC 75/1983 (fdto. jdco. tercero), la referencia constitucional expresa a las prohibiciones de discriminación concretas que contempla el artículo 14 CE «no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación», pudiendo acogerse otros supuestos no expresamente enumerados. Con independencia, pues, de que el móvil real del empresario no sea el sexo de la trabajadora despedida, sino su embarazo, el hecho de que sólo la mujer esté dotada biológicamente para desarrollar un embarazo desvía inmediatamente el móvil discriminatorio al sexo del trabajador.

Así las cosas, «la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre» ¹¹¹. El Tribunal Constitucional ha entrado, además, en otros aspectos de esta cuestión. Es el caso, por ejemplo, de la STC 166/1988, de 26 de septiembre ¹¹², en la que se entiende que constituye despido discriminatorio la resolución del contrato en período de prueba por razón

¹⁰⁹ Consultada en *Normacef Social*.

¹¹⁰ *Cfr.* STC 166/1988, de 26 de septiembre, en la que se alude a «condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos casos el sexo o el embarazo».

¹¹¹ *Cfr.* STC 109/1993, de 25 de marzo, fdto. jdco. cuarto.

¹¹² La STC 198/1996, de 3 de diciembre, juzga también un supuesto de resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba, pero no por razón de maternidad, sino por «la escasa disposición de la recurrente a realizar funciones correspondientes a su puesto de trabajo», entendiéndose el TC que no existe vulneración del principio de igualdad, pues la entidad empleadora fundó la resolución del contrato, demostrándose que el cese no incurrió en discriminación alguna, «al estar justificado... por la necesidad de cumplir debidamente cometidos propios de la prestación laboral concertada» (fdto. jdco. cuarto). El Voto Particular, formulado por el Magistrado D. Vicente GIMENO SENDRA, opta por entender que existió discriminación, al no informarse en la oferta pública de empleo que el trabajo ofrecido requería esfuerzo físico, procediendo posteriormente al despido de la trabajadora, tras destinarla a puesto diferente del ofertado.

de embarazo; de la STC 173/1994, de 7 de junio, considerando despido discriminatorio la no renovación de un contrato temporal a trabajadora embarazada, así como la negativa a la contratación por la misma circunstancia; y de la STC 136/1996, de 23 de julio, en la que se enjuicia un supuesto de despido disciplinario bajo el cual se cobijaba un despido discriminatorio, declarándose la nulidad radical del mismo. Volveremos de inmediato sobre ello.

3.2. En sus relaciones jurídico-privadas, «la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato» (SSTC 34/1984 y 166/1988), pero es necesario poner en el otro lado de la balanza el hecho de que «ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias» (SSTC 127/1987 y 166/1988). De modo que «la conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho» (STC 173/1994). La prohibición de discriminación adquiere un plus de exigibilidad, que debilita las facultades organizativas empresariales, cuando el empleador tiene carácter público, por aplicación del artículo 103.1 CE (SSTC 127/1987 y 166/1988, en las que, siendo en ambos casos el empleador público el INSALUD, se dice que en tales casos, la prohibición, en buena lógica, debe operar en forma más intensa).

Idénticas consideraciones a las anteriores añade el hecho de que la discriminación se funde en el sexo de la trabajadora, y concretamente en su gravidez, «significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral –condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada– que la obligaba a su vez –a la empresa– a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria» (STC 166/1988). La STC 136/1996 recuerda que, en virtud del artículo 5 d) del Convenio OIT núm. 158, «el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo», y que, según prescribe el artículo 4.1 de la Recomendación núm. 95, el período durante el cual será ilegal la comunicación del despido comienza a partir del momento en el que le haya sido notificado al empresario el embarazo por medio de un certificado médico. Asimismo, apela a la prohibición de despido de la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario, establecida por el artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad.

3.3. La vulneración del principio de igualdad en el acto extintivo del contrato por parte del empresario conlleva implícito un plus de «censura jurídica» que le hace merecedor de la calificación de despido «radicalmente nulo». Entiende el TC que la lesión de un derecho fundamental, como el principio de igualdad, no debe sancionarse con la «simple declaración de improcedencia, o, en su caso, nulidad del despido, sino que éste ha de declararse radicalmente nulo, que es el tipo de sanción predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental, por las consecuencias que conlleva de obligada readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria» (STC 66/1993, de 1 de marzo ¹¹³), doctrina del despido «radicalmente nulo» iniciada por la STC 38/1981, de 23 de noviembre.

¹¹³ En la misma línea, SSTC 47/1985, 88/1985, y 104/1987, entre otras.

La declaración de nulidad del despido de trabajadora cuya causa sea la situación de embarazo de ésta, lleva aparejada la orden judicial de cese inmediato del comportamiento empresarial, la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, la ejecución forzosa de la sentencia declarativa de la nulidad en casos de readmisión irregular o negativa empresarial a la readmisión (arts. 280-284 TRLPL), además de las indemnizaciones reparadoras de los daños causados a la trabajadora.

3.4. El TC asimila al acto formal del despido la conducta consistente en no renovar un contrato de duración temporal por causa del embarazo de la trabajadora. La razón que esgrime en la STC 173/1994, de 7 de junio, es que, puesto que la conducta discriminatoria «se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre (...) no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva». De esta manera, a pesar de que se fundamente la citada tesis en la probable continuidad de la relación laboral de no haber mediado la circunstancia del embarazo (que curiosamente el tribunal llama «sobrevenido»), parece dejarse la puerta abierta a la consideración de que debiera recibir el mismo trato la negativa a la contratación por las mismas causas, ya que, además, a continuación menciona la necesaria tutela hacia el acceso al empleo de la mujer y, finalmente, en el penúltimo párrafo del fdto. jdco. 3.º, hace mención expresa a la «negativa a contratar», junto a la de no renovar el contrato. La no renovación de contrato temporal por embarazo de la trabajadora constituye la interposición de un obstáculo al acceso al empleo, en contra de los principios del Convenio OIT núm. 111, de 25 de junio de 1958, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, y del Convenio de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, y, por consiguiente, merece la calificación de despido discriminatorio y, por tanto, nulo (STC 173/1994, de 7 de junio).

En este sentido, no obsta a dicha calificación la naturaleza temporal de la relación laboral, pues, de no haberse producido el embarazo, ésta podría haber continuado, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva. Otra conclusión significaría vulnerar el derecho de acceso al empleo de la mujer. Procede, pues, su declaración como acto ilícito por discriminatorio, constitutivo de despido nulo. Y, del mismo modo que procedería la readmisión en un contrato de duración indefinida, sostiene el TC que, puesto que el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, eliminada ésta, habría de entenderse prorrogado temporalmente el contrato o contratada la trabajadora por un nuevo período. Sin embargo, la posterior STC 3/1995, de 10 de enero, entiende que debe primar el principio de libertad contractual del empresario y, en consecuencia, niega la prórroga coactiva del contrato en tales supuestos.

Así las cosas, la ineficacia (nulidad) del acto empresarial ilícito (a favor del que se resuelve en la sentencia, provocando la inexistencia de la denegación de prórroga y, por tanto, la prórroga «forzosa» del contrato) no conduce a ningún resultado positivo, a menos que se haga una interpretación tan rocambolesca como la de que, ineficaz la negativa a contratar, la relación laboral se entiende nacida. Por consiguiente, la única obligación que podría nacer sería de tipo indemnizatorio. Así lo entiende la STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 1997 ¹¹⁴, según la cual la vulneración del principio

¹¹⁴ AS 2209.

constitucional se traduce en la obligación de indemnización por el perjuicio sufrido, al lesionarse una expectativa de derecho legítima (es decir, la cuantía equivalente al tiempo que se dejó de trabajar como consecuencia de la denegación de acceso al empleo). Sin embargo, el supuesto que se enjuicia en la sentencia de referencia es el de un trabajo de campaña (a partir de la inscripción en una lista de espera de organismo público), que no permite hacer extensibles las conclusiones en ella vertidas a casos diferentes, en los que la expectativa se corresponde con un contrato de mayor duración.

El TSJ de la Comunidad Valenciana también aborda, en su sentencia de 18 de junio de 1997 ¹¹⁵, la valoración de la negativa a contratar a mujer embarazada, a la luz del artículo 14 CE. Como en la STC 173/1994, en la que se apoya el razonamiento del TSJ, se entra a enjuiciar el auténtico tema de fondo en esta cuestión: si existe alguna restricción de la libertad empresarial de contratación (y autonomía de la voluntad) impuesta por el deber de respeto al principio constitucional de igualdad. Concluye el tribunal, reiterando la mencionada doctrina, que la libertad de empresa (art. 38 CE) debe ponerse en estrecha relación con los derechos fundamentales, determinando la nulidad del despido por discriminatorio y dando lugar a la obligación de indemnizar a la trabajadora perjudicada. Un supuesto similar (negativa a llamar a trabajadora fija de carácter discontinuo al inicio de la campaña) es juzgado en la STSJ de Cantabria, de 21 de enero de 1997 ¹¹⁶, calificando la falta de llamada de despido nulo, sin derecho a percibir salarios de tramitación, por haber permanecido durante el período de referencia de baja por maternidad ¹¹⁷.

3.5. La tutela de la salud de la trabajadora embarazada y del feto crea en la organización empresarial ciertas obligaciones adicionales, que implican la necesidad de adoptar medidas organizativas en aras de la prevención de riesgos del trabajo que puedan dañar al desarrollo del feto, entre las que se encuentra (art. 26 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales –LPRL–) el cambio de puesto de trabajo a otro exento de riesgo. Este deber confiere a la trabajadora el derecho a solicitar la puesta en práctica de tal medida (como sucede también en el caso de cambio de puesto de trabajador nocturno por razones de salud, *ex* artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores ¹¹⁸, o de cambio de puesto a otro más idóneo a las aptitudes físicas y sensoriales por sordera sobrevenida ¹¹⁹), y, en consecuencia, si por tales razones se da por extinguido el contrato durante el período de prueba, ejercitando el empresario la facultad rescisoria que le reconoce el artículo 14.2 del Estatuto de los

¹¹⁵ AS 2077.

¹¹⁶ AS 148.

¹¹⁷ Por contra, en un caso de parecidas características, en el que, sin embargo, la causa de la baja médica no fue el embarazo, sino otro (drogodependencia), el TSJ de Canarias (Las Palmas), en sentencia de 6 de junio de 1991 (AS 2572) sí acude al principio de libertad empresarial *ex* artículo 38 CE para justificar la negativa a la renovación del contrato temporal, entendiendo que no existe discriminación, aunque no experimentarían igual suerte otras compañeras de la trabajadora que no se hallaban de baja médica.

¹¹⁸ Es el caso resuelto por la STSJ de Castilla-La Mancha de fecha 1-7-1999 (recurso 1082/1998), recogida en *Normacef Social*. En ella y como medida de seguridad y salud específica del trabajo a turnos, se recoge el derecho, por razones de salud, de un trabajador a turnos al que la actividad laboral realizada durante el turno de la noche le está contraindicada por la enfermedad que padece, a que le sea asignado un puesto de trabajo adecuado a sus condiciones físicas, sin merma salarial y de carácter diurno, que no ha de ser necesariamente de igual categoría profesional que el que desempeñaba.

¹¹⁹ Es el caso resuelto, favorablemente a la solicitud de cambio de puesto de trabajo por parte de la trabajadora, en la STSJ Baleares de 22-5-2001 (AS 201).

Trabajadores, debe calificarse la resolución como despido discriminatorio (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Sin embargo, la STC 166/1988, anterior a la LPRL (de ahí su argumentación, claro está), niega la existencia de tal derecho a obtener el cambio de puesto, entendiendo que tales situaciones, en las que se aprecia un supuesto de incompatibilidad entre el embarazo y el trabajo, encajan en la figura de la suspensión del contrato de trabajo, bien por parto o por incapacidad temporal (la sentencia se refiere a la desaparecida «incapacidad laboral transitoria»). Solución que ya no resulta aplicable, en tanto el artículo 26 LPRL, como se sabe, prevé diversas medidas graduadas de actuación preventiva en caso de riesgo para la trabajadora embarazada o el feto: adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo (con prohibición del trabajo nocturno y del trabajo a turnos, si fuera preciso), cambio de puesto de trabajo (movilidad funcional) o, si es técnica u objetivamente imposible o si no puede exigirse por motivos justificados dicho cambio de funciones, suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Esta suspensión, que finaliza cuando se reincorpore la trabajadora a un puesto de trabajo compatible o cuando pase a disfrutar del permiso de maternidad, ha sido detalladamente regulada por RD 1251/2001. A vuela pluma, únicamente mencionar aquí tres ideas: a) que la prestación (75% de la base reguladora del mes anterior –trabajo a tiempo completo– o de los 3 meses anteriores –trabajo a tiempo parcial–) reconocida y abonada por el INSS, requiere de la previa solicitud por parte de la trabajadora, que irá acompañada de una serie de informes médicos (INSS o Mutua que cubra la incapacidad temporal por contingencias comunes, y médico facultativo de la trabajadora) y de la empresa (inexistencia de puesto de trabajo, certificada por el técnico en prevención correspondiente, con indicación de la fecha de la suspensión y de las bases de cotización); b) que la trabajadora, en el momento de la solicitud, ha de estar afiliada, en alta, y acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión del contrato (lo que no deja de plantear problemas en caso de ausencia de este requisito ¹²⁰); y c) que la lactancia no queda cobijada por esta posibilidad de suspensión contractual, lo que constituye un claro incumplimiento de la Directiva 1992/85 y de la coherencia tutelar del artículo 26 LPRL (pensada para el embarazo y para el feto y el hijo) ¹²¹.

3.6. La facultad rescisoria del empresario durante el período de prueba está sometida a los mismos límites que en cualquier otro momento de la vida del contrato en lo que atañe al respeto de los derechos fundamentales de la persona (STC 166/1988, de 26 de septiembre), «cuyo predominio debe quedar garantizado», a pesar de que «la Ley ha previsto un sistema extintivo diferente al del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables, que se manifiesta... en la falta de necesidad de motivación» (STC 94/1984). Sobre la base de que el ámbito de libertad reconocido por el artículo 14.2 ET no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales, la STC 166/1988 entiende vulnerado el principio de no discriminación, por ausencia de motivación de la resolución del contrato, en virtud de la inversión del *onus probandi*.

¹²⁰ Cfr. al respecto MORENO, ROMERO y PARDELL, 2002, pp.: 18-19.

¹²¹ De nuevo remito a MORENO, ROMERO y PARDELL, 2002, p.: 18.

En cuanto a la resolución del contrato en período de prueba, la libertad empresarial queda limitada por el respeto al derecho fundamental de igualdad, impidiendo la extinción si la motivación de la actuación empresarial es aparentemente discriminatoria, lo cual queda demostrado si, hallándose la trabajadora en estado de gravidez, el empresario no demuestra que la resolución del contrato fue debida a otras causas (SSTC 94/1984, y 166/1988, de 26 de septiembre, de las que constituye aplicación, por ejemplo, la STSJ de Madrid, de 4 de junio de 1992 ¹²²).

Desde otra perspectiva, el período de prueba queda suspendido por el ejercicio del derecho al descanso por maternidad que regula el artículo 48.4 TRLET, de lo cual se deduce que la resolución instada durante tal período por «imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato» constituye un despido nulo, conclusión determinada por el mismo hecho de la suspensión del contrato, exista o no período de prueba (STSJ de Castilla y León/Burgos, de 16 de junio de 1994 ¹²³).

3.7. Los indicios o apariencia acerca de una supuesta intención discriminatoria en el despido obligan al empresario a demostrar que aquél se debió a motivos totalmente ajenos a móviles discriminatorios. En otras palabras, que el despido estuvo perfectamente fundado en razones legales o que fue razonable o proporcionado (la STC 38/1981, de 23 de noviembre, sienta la doctrina sobre la carga de la prueba, que se traslada al empresario, fdto. jdco. 3.º, al TRLPL en su art. 96), porque sólo la neutralidad o transparencia empresarial garantiza la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos (STC 58/1994).

Acudiendo a la STC 123/1996 (fdto. jdco. sexto), «para que opere este desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato (...) Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido (...); es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales». De tal modo que al empresario «sólo es exigible que desvirtúe la presunción con base en motivos ajenos a todo propósito discriminatorio por razón de sexo» (STC 286/1994, de 27 de octubre).

No se impone, pues, al empresario, «la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (STC 136/1996, fdto. jdco. sexto). Para juzgar si la conducta empresarial fue justificada, indica la STC 145/1991 que «el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discrimina-

¹²² AS 3412.

¹²³ AS 2362.

ción contraria al artículo 14 CE»¹²⁴. Esta doctrina ha sido reproducida en la del Tribunal Supremo (SSTS de 27 de diciembre de 1989 y de 24 de junio de 1996¹²⁵) y de los Tribunales Superiores de Justicia¹²⁶.

Recapitulando respecto al *despido disciplinario*, la conocida doctrina legal (*ex art. 96 TRLPL*) y constitucional sobre inversión del *onus probandi* determina que, de alegarse fundadamente la concurrencia de móvil discriminatorio, al empresario le basta con acreditar que aquél fue debido a causas ajenas al embarazo de la trabajadora. Con relación a ese precepto mencionado y a la distribución de la carga de la prueba que en él se contiene, doctrina autorizada ha puesto de relieve que «se hace notar que lo consagrado en los arts. 96 y 179.2 (TRLPL), no es estrictamente una inversión de la carga de la prueba», en tanto no consiste en una presunción *iuris tantum* sino en una presunción *hominis o facti*, toda vez que al trabajador demandante se le impone la prueba de la existencia de indicios racionales de discriminación, es decir, se han de reflejar hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación, apareciendo tales indicios como acontecimientos racionales que funden los hechos constitutivos de la pretensión de la trabajadora afectada. Sólo cuando se acrediten tales indicios, corresponderá al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido»¹²⁷.

Motivo razonable que, para el empresario, se insiste en que «no constituye la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–», sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, y «su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales»¹²⁸. En consecuencia, en la toma de la decisión empresarial ha de quedar acreditado que «las causas reales (que han motivado el despido) son absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales», siendo causas suficientes, reales y serias que tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión extintiva y que se configuran como el «único medio para destruir la apariencia lesiva creada por los indicios»¹²⁹ (prueba empresarial, pues, de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la discriminación).

El empresario tiene, así, «la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. Ahora

¹²⁴ Cuando no se estime vulnerado el principio de igualdad, por ausencia de prueba sobre la existencia de discriminación, el despido en el que concurra la situación de embarazo de la trabajadora deberá enjuiciarse a partir del binomio procedente/improcedente, según los cauces ordinarios (STSJ de Andalucía/Granada, de 3 de septiembre de 1997, AS 3409).

¹²⁵ Ar. 9088 y *Actualidad Aranzadi*, núm. 257, ref. 44, respectivamente. Se recoge asimismo en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona, de 9 de noviembre de 1995 (*AL*, núm. 16, 1996, ref. 680), en la que se resuelve el caso de un empresario que, teniendo noticia del embarazo de la trabajadora con posterioridad a su contratación, rescinde el contrato durante el periodo de prueba, conducta que debe calificarse de despido nulo, pues queda demostrada la intención discriminatoria de aquél.

¹²⁶ Entre otras, STSJ de Andalucía/Málaga, de 2-2-1996 (AS 287).

¹²⁷ MONEREO, 1996, p.: 16.

¹²⁸ STC 82/1997, de 22 de abril.

¹²⁹ STC 90/1997, de 6 de mayo.

bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita, (no es suficiente) la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión»¹³⁰.

Ahora bien, la STC 21/1992, de 14 de febrero, también reconoce «la dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria o lesiva de otro derecho fundamental», realidad que contrasta con «la facilidad con que, dado el régimen jurídico de los despidos (...) improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador, bajo la apariencia de un despido sin causa». Por ello, cuando la trabajadora alegue que determinada decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales, «incumbe al autor de la medida probar que ésta obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi*, no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato»¹³¹.

A efectos prácticos, la prueba de la discriminación por parte de la trabajadora es resultado de la conjugación de dos elementos: primero, los indicios, pues no basta la mera alegación de discriminación, sino el ofrecimiento de un indicio racional fáctico (STS de 16 de abril de 1997¹³²) que haga verosímil su imputación (STSJ de Andalucía/Málaga, de 2 de febrero de 1996, y STSJ de Aragón, de 19 de febrero de 1997¹³³). Aportación de un indicio razonable, en consecuencia, de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental en juego de la trabajadora embarazada. Segundo, los resultados de la actividad probatoria del empresario (como indica la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 20 de septiembre de 1991¹³⁴: «indicios suficientemente constatados como para presuponer que la actitud de la empresa pudiera estar relacionada con la situación de embarazo de la actora y no practicarse un mínimo de pruebas que permitiera descartar dicho propósito discriminatorio»). Su falta de actividad probatoria o la insuficiencia de ésta determinará la presunción de que hubo discriminación por razón de sexo (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de junio de 1990¹³⁵).

Un reciente supuesto, no conectado con la situación de embarazo sino de forma más general con la igualdad de trato hombre-mujer en cuanto al acceso al empleo, es el resuelto por la STSJ País Vasco de 30 de enero de 2001 (recurso 3009/2000)¹³⁶. En ella, el tribunal vasco aplica los

¹³⁰ STC 21/1992, de 14 de febrero.

¹³¹ SSTC 82/1997, de 22 de abril y 90/1997, de 6 de mayo.

¹³² *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, ed. Estudios Financieros, núms. 173-174, 1997, pp.: 154-155.

¹³³ AS 287 y 519, respectivamente.

¹³⁴ AS 4961.

¹³⁵ AS 3352.

¹³⁶ Consultada en *Normacef Social*.

artículos 14 CE y 2 de la Directiva 76/207, en conexión con el Convenio núm. 111 de la OIT (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación), en un supuesto en el que una empresa (dedicada a la limpieza viaria) tiene una plantilla compuesta exclusivamente por hombres, pese a que en alguna ocasión se había contratado, a tiempo parcial y con carácter temporal, a mujeres. El tribunal sostiene que, dada la existencia de indicios de discriminación del colectivo femenino en el acceso al empleo, recae sobre la empresa la carga de desvirtuar la existencia de los mismos, dado que la discriminación laboral puede existir incluso en fases anteriores a la formalización del contrato de trabajo ¹³⁷.

En línea de cierre, hay que traer a colación el supuesto resuelto por la STC 20/2001, de 29 de enero. En ella, el cese de funcionaria interina durante el período en que se encontraba disfrutando de un permiso por maternidad, se califica por el TC como una discriminación basada en el sexo, en tanto que:

- Sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que los varones.
- Constituye una discriminación basada en el sexo, sin que sea necesario, ni posible, aportar términos de comparación.
- Los motivos que justifiquen el acto administrativo de cese deberán resultar subsumibles en algunas de las causas de cese normativamente previstas. En el caso resuelto, la Administración pública (en el caso, Gerencia Territorial de Andalucía del Ministerio de Justicia) no sólo no explicita que los motivos que movieron a la misma a decidir el cese de la funcionaria interina fueron ajenos a la situación de embarazo de la misma, sino que, antes al contrario, funda el referido cese de manera directa e inmediata en el hecho de que la actora no cumplía los requisitos de idoneidad que permitían continuar sustentando el nombramiento como funcionaria interina al hallarse, precisamente, en situación de baja por maternidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: (2002): «Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo», *Tribuna Social*, núm. 134.

ALONSO OLEA, M.: (1988): «Resolución de contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36.

¹³⁷ El tribunal estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto, declarando que la conducta de la empresa constituye una discriminación genérica por razón de sexo, dada la conducta de no contratar sistemáticamente a mujeres.

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: (2001): «El fomento de la contratación laboral en la Ley 12/2001», *Actualidad Laboral*, núm. 44.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: (1994): *Diferencia y discriminación por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia (Tirant lo blanch).
- BALLESTER PASTOR, M.A.: (1998a): «Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 10.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: (1998b): «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa», *Relaciones Laborales*, T. II.
- BRUUN, N.: (2001): «The European Employment Strategy and the Acquis Communautaire of Labour Law», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, volume 17/3.
- CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: (2001): «Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal», *Revista de Derecho Social*, núm. 16.
- CARDENAL CARRO, M.: (2001): «Con ocasión del RD 1251/2001, sobre índices de natalidad y trabajo», *Aranzadi Social*, núm. 16.
- CARUSO, B.: (1997): «La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato», en AA.VV.: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi).
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: (1994): *La situación de la mujer en la realidad socio laboral española*, Colección Informes.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: (2001): «La reforma laboral del año 2001», *Justicia Laboral*, Lex Nova, núm. 7, 2001.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: (2000): «Famiglia e condivisioni di ruoli in Spagna», *Lavoro e Diritto*, núm. 1.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: (2000): «Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y oportunidades en el Tratado de Amsterdam», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 99.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: (1998): «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *Actualidad Laboral*, núm. 38.
- MARÍN ALONSO, M.I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: (2001): *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum).
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: (2000): «Disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, núm. 20.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: (1996): *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo blanch).
- MONEREO PÉREZ, J.L.: (2001): «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social», *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2001.
- MONTOYA MELGAR, A.: (1995): «Discriminación por razón de sexo (cuatro sentencias del Tribunal Constitucional)», *Documentación Laboral*, núm. 45.
- MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M. y PARDELL VEÀ, A.: (2002): «La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, ed. Estudios Financieros, núm. 228.
- PANIZO ROBLES, J.A.: (2002a): «Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, ed. Estudios Financieros, núm. 226.
- PANIZO ROBLES, J.A.: (2002b): «La Seguridad Social en el año 2002 (modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, ed. Estudios Financieros, núm. 227.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: (2000): «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario», en AA.VV.: *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Madrid (Tecnos).
- PÉREZ DEL RÍO, T.: (2001): «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender a responsabilidades familiares», en AA.VV.: *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid (Marcial Pons).
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid (Marcial Pons), 1996.
- REY MARTÍNEZ, F.: (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid (McGraw-Hill).
- RIVAS VALLEJO, M.P.: (1998): «La protección contra el despido por razón de maternidad en el Derecho Comparado», en AA.VV.: *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid (*Ibidem*).
- ROCELLA, M.: (2000): «Tutela del trabajo y razones del mercado en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Social*, núm. 12.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: (1997): «Obligaciones laborales y responsabilidades familiares», *Relaciones Laborales*, núm. 17.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: (1999): «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *Relaciones Laborales*, T. II.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: (2000): «Igualdad de género y políticas comunitarias», *Relaciones Laborales*, núm. 6.
- SIERRA HERNÁNDEZ, E.: (1999): *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid (Consejo Económico y Social).
- TAPIA HERMIDA, A.: (2001): «El despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, ed. Estudios Financieros, núm. 224.