

SOBRE LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LA MUJER EMBARAZADA FRENTE AL DESPIDO

SUMARIO: I. El contexto. II. La doctrina de la STC 92/2008. III. Las precisiones del voto particular del TS. IV. Nuevo pronunciamiento del TC, esta vez con voto particular. V. Un par de consideraciones sobre los votos discrepantes. VI. Sobre el tema de la tutela a plazo. VII. Algunos comentarios de cierre.

I. EL CONTEXTO

La sentencia del TC 92/2008, de 21 julio, ha definido doctrina en uno de los temas que dieron lugar a un más apasionado debate doctrinal y jurisprudencial, como es el de la exigibilidad, como palanca que desencadena la protección específica frente al despido de la mujer embarazada, de acreditar el conocimiento por la empresa del estado de gestación. Es un asunto sobre el que ya en su momento expresé mi opinión y no pensaba manifestarla de nuevo, una vez que el tema se resolvió, creo que de forma definitiva –con lo poco “definitivas” que en derecho pueden ser en todo caso las respuestas-. No pensaba hacerlo porque tengo la impresión de que la controversia se ha personalizado demasiado, como una especie de lucha de titanes, entre quienes lideraban, desde los ámbitos de toma de decisión judicial, una y otra postura. En este escenario, no resulta cómodo formular un comentario de opinión inofensivo hacia unas y otras personas y al mismo tiempo crítico. Por eso quiero comenzar estas páginas poniendo de manifiesto que los argumentos de derecho de ambas partes han sido contruidos con una finura jurídica muy considerable. Incluso los votos particulares de las sentencias del 2009, tanto del TS como del TC, han añadido más bagaje de doctrina. Ha faltado, eso sí, que la discusión haya sido algo más de guante blanco. En fin, sólo una deuda que no podía prorrogar ya más tiempo con esta revista me ha hecho escribir esta reflexión, que espero que pueda suponer un pequeño elemento más para profundizar en un asunto que sigue siendo trascendente.

La Ley 39/1999, de 5 noviembre supuso un paso más en la trasposición de la Directiva 92/85/CEE, no el primero, pero tampoco el último. Pero fue, sin duda, la que centró más su atención en la tutela de la mujer embarazada y en el mandato del art. 10 de esta norma derivada. Ello no obstante, no era claro que el ordenamiento español precisara de modificaciones para cumplir con la misma. La doctrina del TC previa a la STC 92/2008 pone de relieve que, sin la

herramienta del despido nulo si no procedente, la extinción del contrato de la mujer embarazada gozaba ya de una protección que podría calificarse de sustantiva. Con todo, hay un dato en dicho art. 10 que no ha sido suficientemente realzado y que se deduce de su redacción: la Directiva no concibe una tutela causal frente a la extinción del contrato, sino una tutela a plazo: se trata de prohibir el despido “entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”. Es evidente que este sistema protector obedece a técnicas propias de ordenamientos jurídicos distintos del nuestro, pero es el que es. Este dato, que ha permanecido siempre en la penumbra, me parece mucho más significativo y digno de atención que la definición de mujer embarazada que aporta el art. 2, cuyo trasfondo estrictamente preventivo es evidente, además de unánimemente reconocido. Quiero decir que el objetivo de la Directiva no consistió tanto en garantizar una protección causal, más propia de la Directiva 76/207/CEE, que una protección temporal, una especie de indemnidad que se prolongaba desde el comienzo del embarazo hasta el final de la licencia maternal.

En estas páginas no voy a aludir a la doctrina judicial previa a la STC 92/2008, ni a la del TC ni a la del TS, porque ya es suficientemente conocida¹ y porque creo, además, que hasta entonces no hay una clara quiebra de jurisprudencia entre ambos órganos. Antes bien, se aprecia una notable coincidencia de planteamientos y una utilización normalizada por parte de la jurisdicción ordinaria de las técnicas auspiciadas por el TC de protección de derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo cual, quisiera apuntar que una lectura entre líneas de alguna de las sentencias de éste previas a 2008 sugiere una postura favorable a una interpretación jurídica como la que al final se decanta. Me refiero, en especial, a la STC 41/2002, de 25 febrero. En ella, claramente, se parte de la hipótesis de que la empresa desconoce el embarazo de la trabajadora despedida, hipótesis que corta de raíz el propio debate sobre la intencionalidad discriminatoria en la decisión extintiva. Pero se trata de una sentencia que aplica el art. 14 de la CE y la prohibición de despido discriminatorio sin la apoyatura de la Ley 39/1999, pues el despido objetivo se había producido el 6 marzo 1995. Ello no obstante, al hacer referencia a la Directiva 92/85/CEE, reconoce que dicha Directiva “estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de

¹ Me remito al muy interesante estudio de NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI*, RMTAS, nº 73, 2008, pp. 171 ss.

maternidad (espacio temporal sobre el que en su totalidad se extiende la protección: STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown). En expresión que acentúa la importancia de la cuestión temporal con la referencia explícita al comienzo del embarazo.

II. LA DOCTRINA DE LA STC 92/2008

Aunque se trata de una doctrina suficientemente conocida, bueno es sintetizar su contenido más relevante como sigue –eso sí, prescindiendo de la doctrina general relativa a la discriminación por embarazo, y a las reglas sobre desplazamiento de la carga de la prueba, hartamente reiteradas por el Tribunal:

1º.- Dificilmente puede sostenerse la existencia de un tratamiento discriminatorio derivado del embarazo cuando el estado de la persona afectada no era conocido por la empresa, de modo que, desde una perspectiva de las reglas probatorias, es razonable exigir la acreditación del conocimiento por parte del empresario.

2º.- Ahora bien, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, debe analizarse la interpretación que la sentencia recurrida había hecho de los arts. 53 y 55 del ET, en redacción procedente de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, la cual añadió diversos supuestos de nulidad al originario del despido discriminatorio o en vulneración de derechos fundamentales, entre ellos uno relacionado con el embarazo de la mujer trabajadora. En resumen, se trata de valorar si dicha interpretación puede vulnerar el art. 24 de la Constitución por arbitraria.

3º.- Además, y como quiera que están en relación el art. 24 y el art. 14 CE, el canon de interpretación que debe emplearse es el reforzado propio de estas situaciones. Desde este prisma hay que valorar si la sentencia está motivada, es razonable y no incurre en error patente. Teniendo en cuenta pues, que se trata de interpretar una norma jurídica relativa a las garantías de la mujer a no ser tratada de modo discriminatorio por razón de su embarazo. La interpretación judicial, tiene, por consiguiente, el sesgo cualificado de las que afectan los derechos fundamentales de las personas, de tal forma que no puede interpretarse asépticamente el supuesto, como si sólo se debatiese el derecho fundamental del art. 24 CE. Las exigencias de la tutela judicial efectiva, así contextualizada, necesariamente son más exigentes, coherentes y respetuosas con el derecho sustantivo puesto en juego.

4º.- En este campo de juego, la decisión judicial recurrida había argumentado con excesiva parquedad, a partir de que no había quedado acreditado que el

empresario conociese el estado de embarazo de la trabajadora, pese a que fuese lógico suponer que sí lo conocía. El Tribunal Superior de Justicia arguye, simplemente, que es lógico concluir que el cese nada había tenido que ver con la situación gestante de la trabajadora afectada, sino con las causas organizativas aducidas por la empresa. Pero llega a tal conclusión sin efectuar el recorrido por la prueba indiciaria y el desplazamiento del *onus probandi* debido en estos casos.

5º.- Sí reflexiona no obstante la sentencia de suplicación acerca de la exigibilidad del conocimiento del embarazo por parte del empresario, a la vista de la interpretación de los arts. 53 y 55 ET efectuada por el TS en algún pronunciamiento anterior –cuya pertinencia ahora no viene al caso-, y concluye en la respuesta afirmativa a dicha exigencia, a partir de la definición que el art. 2 de la Directiva 92/85/CE aporta de mujer embarazada.

6º.- Pero dicha conclusión, desde la perspectiva del TC, es claramente irrazonable, pues olvida que la Directiva referida constituye un mínimo que, desde luego, puede mejorar la normativa interna, como expresamente afirma que hace la Ley 39/1999, de 5 noviembre. Nada del art. 55 ET –ni del art. 53- permite concluir que la protección dispensada a la mujer embarazada se hace depender de que la empresa tome conocimiento del embarazo y aun menos de que la trabajadora le comunique expresamente su estado. Bien al contrario, los más elementales criterios de interpretación del art. 3 del Código Civil, así como el criterio de interpretación *pro constitutione* imponen como conclusión debida que la protección que dispensa el ET a la mujer embarazada es una protección automática, sólo dependiente de que ésta acredite su estado.

7º.- La protección de la maternidad se liga directamente a la no discriminación por razón de sexo, además de a otros derechos, como a la seguridad y a la salud en el trabajo. El riesgo de perder su puesto de trabajo, junto con la desigualdad retributiva son, a juicio del TC, los dos principales factores determinantes de la discriminación laboral de la mujer. En las situaciones fácticas suscitadas antes de la entrada en vigor de la Ley de conciliación, los Tribunales debían utilizar la técnica de la prueba de indicios, desplazamiento de la carga de la prueba y justificación por la empresa de móviles absolutamente ajenos al embarazo de la mujer cesada. Pero en esta situación impacta la Ley 39/1999, al introducir nuevos supuestos de nulidad en los arts. 53 y 55, de cuyo tenor literal no puede deducirse que se exige la prueba del conocimiento del embarazo por la empresa. En la “fecha de inicio del embarazo” éste no es conocido siquiera por la propia trabajadora interesada.

8º.- Es más, la propia lógica contextual lleva a la misma conclusión, si se tiene en cuenta que la reforma operó sobre uno y otro precepto dejando inmodificada la tradicional causa de nulidad por vulneración de derechos fundamentales y por discriminación e introduciendo causas nuevas, automáticamente generadoras de nulidad más allá de la aplicación de las técnicas probatorias ya tradicionales.

9º.- El que la exposición de motivos de la Ley 39/1999 exprese que se dirija a atajar los despidos “motivados” por el embarazo no es argumento de peso que obste a la conclusión de la nulidad automática, pues para alcanzar esa finalidad la técnica jurídica empleada puede ser variada. Se opta por una tutela reforzada, muy conveniente en un escenario en el que la prueba del conocimiento del embarazo por la empresa puede resultar enormemente compleja, hasta el punto de poder quedar muy cercenado el derecho fundamental a la no discriminación.

10º.- La ley exime, así, de que haya de acreditarse que un tercero conoce un dato que corresponde a la esfera más íntima de la persona, que tal vez prefiera mantener oculto al conocimiento ajeno, tal vez incluso para preservar su puesto de trabajo. Así se fortalece el derecho a la no discriminación, de una forma además muy coherente con el derecho a la intimidad, a través de una técnica legal de garantía reforzada y automática.

11º.- Esta indemnidad reforzada sirve, además, a los derechos a la salud en el trabajo y a la protección de la familia.

12º.- Por supuesto, cabrían otras alternativas legales, que no pasen necesariamente por una tutela objetiva. Pero, mejorada la protección legal, no cabe que los órganos judiciales opten por una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor. Así se restringiría el alcance de las normas protectoras de derechos fundamentales, de forma inconsistente con la jurisprudencia constitucional. Vulnerándose, en síntesis, el canon de razonabilidad y de interpretación reforzada y la efectividad de un derecho fundamental que la ley ordinaria ha querido proteger de forma intensa.

III. LAS PRECISIONES DEL VOTO PARTICULAR DEL TS

La jurisprudencia del TS se adecuó a la del TC al poco de la publicación de la sentencia 92/2008. En concreto, ya en la sentencia de 17 octubre 2008 (RCUD 1957/2007), con una argumentación jurídica que, de forma más sintética, reproduce los fundamentos de aquélla. A esta sentencia siguen otras, también de perfil más bien bajo, como las SSTS de 17 marzo 2009 (RCUD

2251/2008) y de 6 mayo 2009 (RCUD 2063/2008). Con éstas, se modifica la jurisprudencia contraria, que se había gestado fundamentalmente con la STS (de Sala General) de 19 julio 2006 (RCUD 1402/2005), seguida por SSTS de 24 julio 2007 (RCUD 2520/2006), de 29 febrero 2008 (RCUD 657/07) y de 12 marzo 2008 (RCUD 1695/2007). En alguna ocasión (STS de 30 abril 2009, RCUD 2428/2008), el Alto Tribunal prefiere, más que glosar la jurisprudencia constitucional, reproducirla literalmente. Pero acaso el pronunciamiento de mayor interés sea la STS de 16 enero 2009 (RCUD 1758/2008), que cuenta con el aliciente de que incluye un voto particular firmado por el ponente de la STS de 19 julio 2006. En él se combate el cambio de criterio del TS auspiciado por la STC 92/2008. Se arguye que el Alto Tribunal no puede abdicar de su propia competencia de enjuiciamiento, que le viene atribuida por el art. 123 de la Constitución, como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Y que no otra cosa ha hecho al plegarse al criterio del TC, cuando la cuestión debatida era puramente de legalidad ordinaria. Pues se trataba no tanto del desarrollo de un derecho fundamental, sino de su régimen jurídico, contenido además en una norma con rango de ley ordinaria, como es el ET. Porque la materia de desarrollo de un derecho fundamental está exclusivamente confiada a la Ley Orgánica. Por consiguiente, es al TS al que compete fijar la interpretación jurisprudencial de, en este caso, el art. 55.5 ET. En realidad –prosigue el voto particular con su argumentación- la sentencia 92/2008 reconoce implícitamente esta circunstancia cuando concede que “*la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999*”. Por todo lo cual, no se entiende por qué el TC debe aplicar el canon reforzado de control de constitucionalidad, si no es contraria a la doctrina de éste la conclusión de no considerar acreditada la existencia de un despido motivado por el embarazo y si el régimen jurídico de protección frente al despido por embarazo no requería de una regla como la del art. 55.5 para adecuarse a la Directiva comunitaria. En este contexto, concluye el voto, es útil diferenciar entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* y recordar que la STC 92/2008 se refería a un supuesto en el que el estado de embarazo de la mujer despedida era perceptible en la fecha del despido, en tanto que en la situación enjuiciada por el TS era hecho probado que la empresa desconocía la situación de la trabajadora afectada. De tal forma que este dato es decisivo, a juicio del magistrado discrepante, para considerar que toda la argumentación relativa a la exégesis de los arts. 53 y 55 formulada por el TC sólo podía entenderse como argumentos a mayor abundamiento.

IV. NUEVO PRONUNCIAMIENTO DEL TC, ESTA VEZ CON VOTO PARTICULAR

Al poco, el TC de nuevo tiene que enfrentarse al mismo tema, con la particularidad añadida, para avivar el debate entre ambos órganos -TC y TS- de que se trataba del recurso de amparo presentado contra la STS de 19 julio 2006. Como cabía esperar, se otorga el amparo y se anula la sentencia del Alto Tribunal. Pero, como quiera que la Sala interviniente es distinta de la que había dictado la STC 92/2008, en este caso se produce un voto particular, sumamente interesante y bien elaborado. El voto mayoritario de la STC 124/2009, de 18 mayo, reproduce la doctrina de la anterior, de tal modo que sobra cualquier otro comentario. En cuanto al particular, se articula con base en las siguientes consideraciones:

1.- El voto mayoritario reconduce a un problema de discriminación por razón de sexo lo que no es sino una cuestión interpretativa de la legalidad ordinaria, a la cual ha dado respuesta el TS en uso de las atribuciones que le confiere el art. 123 de la Constitución. De ahí que el juicio del TC ha de ser extremadamente cauteloso, a la vista de la función institucional que dicho precepto reconoce al Alto Tribunal. Ha de evitarse que éste resulte en la práctica suplantado en su papel interpretador de la Ley. Todo lo cual exige extremar el rigor argumental, para demostrar que la interpretación realizada vulnera las garantías constitucionales. Máxime cuando se trata de valorar una sentencia del TS.

2.- En este caso, no se trata de un despido motivado por un embarazo, sino de la pura interpretación del art. 55.5 b) ET, en torno a si la calificación de nulidad exige el conocimiento por parte del empresario del embarazo. En este marco de consideraciones, no parece aceptable, desde el punto de vista del magistrado discrepante, que pueda tildarse de discriminatoria una decisión que parte del desconocimiento de dicha circunstancia, porque la idea de discriminación exige la plena consciencia por parte de la empresa del hecho por el que discrimina a la mujer.

3.- Desde el punto de vista de la interpretación legal, para que pueda entenderse vulnerado el art. 24, habría que acreditar que la misma no era razonable, que era arbitraria o que incurría en error patente. Circunstancias que no concurren, sin perjuicio de cuál debiera ser la interpretación correcta del art. 55.5 b) ET.

4.- Si dicho inciso ha introducido un nuevo supuesto de nulidad, no parece lógico que, a la postre, se reconduzca al redil de la discriminación, esto es, al

supuesto originario con respecto al cual había obtenido autonomía. Porque no de otro modo puede entenderse la utilización del canon hermenéutico reforzado sólo propio de las vulneraciones de los derechos fundamentales y, de entre ellos, el derecho a la no discriminación. Una exégesis legal razonable del precepto invita a pensar que los supuestos adicionados por la Ley 39/1999 son distintos del originario de la vulneración de dicho derecho. En este ámbito, no parece haber espacio para poder calificarse la interpretación efectuada por el TS en los duros términos de la STC 92/2008. A fin de cuentas, que la calificación que proceda en los nuevos supuestos sea la nulidad no tiene que ser clave de la interpretación constitucional. Esta calificación puede producirse por desconocimiento de una garantía legal no necesariamente relacionada con el respeto de un derecho fundamental.

V. UN PAR DE CONSIDERACIONES SOBRE LOS VOTOS DISCREPANTES

No creo que sea ahora necesaria una crítica sobre los votos particulares del TS y del TC. Ya he anticipado que ponen de relieve, con solvencia, óbices competenciales, y muy en particular, relativos a la función revisora que le corresponde al TC y que me merecen el mayor respeto. Con todo, el posibilismo que refleja el del TS sobre una diferencia entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* a los efectos de limitar el alcance de la doctrina de la STC 92/2008 ha quedado severamente comprometido con el voto mayoritario de la STC 124/2009. En el caso del voto de esta última, el magistrado disidente, legítimamente, proyecta de nuevo una opinión personal que ha ya vertido en otros numerosos votos particulares, relativo a los límites sobre la función revisora del TC cuando está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva concebida de modo instrumental como vulneración de un derecho fundamental sustantivo. De ahí que sus críticas al recurso al expediente del canon reforzado propio de los casos en los que la interpretación afecta el contenido de un derecho fundamental se formulan con pie forzado, centrándose más bien en que la interpretación del TS no era irrazonable, arbitraria ni incurría en error patente.

Ambos votos particulares admiten, por lo menos a efectos dialécticos, que la causa de nulidad derivada del embarazo puede ser distinta y autónoma de la originaria derivada de vulneración de derechos fundamentales y del principio de no discriminación. En este sentido, se aproximan algo a la tesis de la nulidad automática. En particular, el voto del TC, porque el del TS, más bien, argumenta sobre el fondo del asunto sólo por remisión al voto mayoritario de la

STS de 19 julio 2006. Pero, en realidad, sus fundamentos interpretativos se hacen más bien al servicio de la línea argumental principal, que consiste en achacar al TC un exceso en el ejercicio de sus competencias revisoras en materia de garantías constitucionales. En la práctica, éste es el núcleo de la dialéctica entre ambos órganos. Y aquilatar cuál de los dos tiene más razón significa tanto como decantarse por cuál interpretación debió prevalecer: la del TS o la del TC. La disyuntiva tiene cierto interés, porque el cambio de criterio del TS a partir del 17 octubre 2008 se sustentó en la doctrina constitucional, sin una elaboración propia que podía partir, vg., del voto discrepante de la sentencia de 19 julio 2006. Dicho en otras palabras, el debate sobre la posible extralimitación del TC² es una mera superposición de planos del debate de fondo, relativo a la exigibilidad de la prueba del conocimiento del embarazo.

Los acontecimientos pudieron haberse producido de otro modo, porque la doctrina del TS de 2006 aparentaba ser reversible, pues la sentencia de Sala General se había construido sobre una frágil mayoría. Pero, habiéndose pronunciado el TC en 2008, probablemente la Sala Cuarta prefirió adoptar una postura obediente más que reverdecer una discusión que se había saldado en principio con una jurisprudencia aparentemente interina. Dicho en otros términos, la STC 92/2008 generó una aparente incomodidad entre los magistrados y magistradas que habían sustentado, bien el voto mayoritario, bien el voto particular, la cual los aglutinó en una postura común casi unánime de remitirse sin más a los fundamentos de esta sentencia del TC. Postura que acaso nos haya hurtado un giro en la doctrina unificada que, hasta 2008, en absoluto era descartable.

Digo todo esto porque me parece más oportuno hablar del huevo que del fuero. Es decir, no creo que ahora resulte útil insistir sobre los límites del amparo constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde el punto de vista de revisar interpretaciones judiciales irrazonables, arbitrarias o evidentemente erróneas, con el recurso adicional a un canon reforzado de exigencia argumental a la jurisdicción ordinaria. Antes bien, conviene volver sobre el tema central relativo a las garantías de la trabajadora embarazada.

VI. SOBRE EL TEMA DE LA TUTELA A PLAZO

² Sobre el particular, SEMPERE NAVARRO, A.V., *Protección de la embarazada frente a su despido*, AS, BIB 2008\1745.

Que la interpretación finalmente prevalente es la más apropiada constituye una toma de postura que puede sostenerse con argumentos de política de derecho, pero también con criterios interpretativos muy atendibles. Desde el punto de vista de la política del derecho, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico precisa de mecanismos de tutela reforzada frente al despido por embarazo. La técnica de desplazamiento de la carga de la prueba no había sido, en la práctica, suficientemente garantista. Antes bien, que el tema de la prueba del conocimiento adquiriese el alto grado de centralidad que ocupó a partir del año 2000 en nuestros repertorios de doctrina judicial pone de relieve que eran necesarias herramientas de protección más objetivas. Es verdad que, desde una perspectiva formal, podía no ser exigible un sistema de tutela adicional al general de prueba de indicios. Pero éste se mostraba bastante inefectivo en la lucha contra las discriminaciones ocultas motivadas por el embarazo. Sin que quepa caer en generalizaciones, ha habido bastante contumacia entre las empresas a la hora de extinguir el contrato de muchas trabajadoras con ocasión de sus embarazos. A este respecto, los abrumadores datos de litigiosidad resultan muy evidentes. En este contexto, la Ley 39/1999, como advirtió en su exposición de motivos, no se contentó con una trasposición de mínimos de la Directiva 92/85/CEE. Incluyó un plus de protección, como volvió a hacer la LO 3/2007, de 22 marzo, en este caso en el período siguiente a la incorporación al trabajo tras la licencia por parto. Era necesario, pues, superar la lógica del art. 96 LPL y de la Directiva 97/80/CE.

Además, la interpretación jurídica aporta más argumentos a favor de la tesis de la protección automática. El TC plasmó muchos de ellos. Pero cabría apuntar alguno más. Es muy evidente para mí que la Directiva de maternidad no se decantó por una técnica de protección causal frente al despido durante el embarazo, sino por una protección puramente temporal, a plazo. Para la protección causal ya estaba la Directiva 76/207/CEE y sigue estando la Directiva 2006/54/CE. Se trata de evitar la discriminación de la mujer en las condiciones de trabajo y no por casualidad muchas de las más emblemáticas sentencias sobre maternidad –muy principalmente, la sentencia *Dekker* de 1990– se ampararon sólo en la Directiva 76/207/CEE. La Directiva 92/85 persigue algo distinto: proteger a la mujer durante su embarazo. Protección, pues, temporal, no causal. La Ley 39/1999, con mayor o menor intencionalidad tradujo la expresión del art. 10 de esta Directiva “entre el comienzo de su embarazo” por “desde la fecha de inicio del embarazo”. Dentro de este plazo hay que

proteger el despido de las trabajadoras, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora. Protegerlo, eso sí, de acuerdo con las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro. Y, en el caso de nuestro ordenamiento, la opción tenía que ser necesariamente la tutela real y no la puramente obligacional propia del despido improcedente³, una vez que la protección frente a la discriminación por razón de sexo era asimismo la real.

Que la protección de la Directiva de maternidad es a plazo, no causal, se comprueba fácilmente con un análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia. Muy en particular, resulta elocuente la sentencia *Mayr*, de 26 febrero 2008 (asunto C-506/06). En ella, se deniega la protección, al amparo del art. 10 de la Directiva de maternidad, a una mujer que se había sometido a un tratamiento de fecundación artificial, pero que, cuando le preavisan el despido, todavía no estaba embarazada puesto que no se le habían implantado en el útero los óvulos fecundados, aunque sí se le había practicado la denominada punción folicular. Y, en la argumentación, se hace referencia directa al hecho de que la protección de la norma derivada nace, precisamente, con el comienzo del embarazo. Puede reproducirse el siguiente pasaje, muy concluyente:

“...del decimoquinto considerando de la Directiva 92/85 se desprende que la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de esta última tiene por objeto evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada. En estas circunstancias, es evidente, como señaló, por su parte, el Gobierno austriaco, que la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo. No obstante, aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación in vitro, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados in vitro a su útero”.

La doctrina del Tribunal es, pues, concluyente: la fecha que ha de considerarse es la más precoz posible de existencia del embarazo. A partir de entonces, la trabajadora está cubierta por el art. 10 de la Directiva. Y la protección de este precepto tiene una finalidad concreta ligada con la salud de

³ Una reflexión clave sobre ambas, en BAYLOS GRAU, A., *Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, RDS, nº 46, 2009, pp. 11 ss.

la mujer afectada⁴. Esta finalidad en absoluto ha sido tomada en consideración por la doctrina judicial interna. La tutela frente al despido ostenta una vertiente, así pues, preventiva, como es propio de una Directiva aprobada a partir de la Directiva 89/391/CEE. El Tribunal de Justicia no hace en este pasaje más que recrearse en una interpretación de dicho art. 10 que, por lo demás, resulta muy evidente a partir de su tenor literal. Hay un dato significativo en este pronunciamiento: la trabajadora le hace saber a la empresa que van a implantarle los óvulos cuando ya ha recibido comunicación verbal del cese. Lo cual no le merece al Tribunal ningún comentario, aunque era evidente que, desde una interpretación lineal del art. 2 de la Directiva, tampoco podría considerarse embarazada en el momento del preaviso del despido, porque no se ajustaba a los requisitos del referido precepto en cuanto a la notificación a la empresa de su estado. El óbice de la sentencia para no aplicar la tutela del art. 10 se centró sólo en que no estaba realmente embarazada cuando le comunicaron telefónicamente su despido. En realidad, es casi un elemento recurrente en las sentencias relativas a la protección de la mujer embarazada frente al despido la irrelevancia de la comunicación a la empresa de su estado.

Pero el Tribunal es conciente de la más que posible conexión entre la decisión de la empresa y el tratamiento de fecundación artificial al que se había sometido la trabajadora. Y concluye que el despido por tal causa constituye, evidentemente, una discriminación directa por razón de sexo:

“ Es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse. Sin embargo, las intervenciones de que se trata en el asunto principal, es decir, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres. De ello se sigue que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo. Admitir que un empresario pueda despedir a una trabajadora en circunstancias como las del asunto principal sería por lo demás contrario al objetivo de protección que persigue el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, en la medida en que, ciertamente, el despido se base esencialmente en el tratamiento de fecundación in vitro y, en particular, en las intervenciones específicas, mencionadas en el apartado precedente, que dicho tratamiento implica.

⁴ Finalidad que ya había sido señalada en la sentencia *Tele Danmark*, de 4 octubre 2001 (asunto C-109/00).

En síntesis, desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria, debe distinguirse la protección de la mujer embarazada, que se prolonga desde el comienzo mismo del embarazo y llega hasta la extinción de la licencia por maternidad, y la tutela de la mujer frente a decisiones del empresario basadas en circunstancias que afectan sólo a las mujeres, entre ellas el propio embarazo, las cuales encuentran protección, en tanto que discriminaciones directas, en la Directiva 76/207 -o, si se prefiere, en la 2006/54-. Ésta responde a una relación causa-efecto, en tanto que aquélla tan sólo a una conexión temporal. Es la diferencia que debe formularse en el espacio interno entre la protección del art. 55.5 b) ET y la del art. 55.5 *ad initium*. En otras palabras, a la tutela automática del art. 55.5 b) se le añade una tutela causal, de modo que ambas son compatibles y complementarias entre sí. Es evidente, vg., que si la nulidad del despido sólo se produce por el dato temporal de que la mujer está embarazada -lo sepa o no el empresario-, no cabe la imposición de una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, pues para ello se exige que el despido se haya producido precisamente a causa del embarazo. Así lo ha reconocido, por lo demás, el TC en la sentencia 342/2006, de 11 diciembre. Y, si la mujer no está embarazada, pero se le despide por causa de un embarazo no puede ampararse -como sucedió en el caso *Mayr*- en la tutela que el ordenamiento jurídico presta a la mujer embarazada.

En realidad, hay un argumento del voto particular a la STC 124/2009 muy digno de compartirse: el despido nulo de la mujer embarazada no es un despido discriminatorio porque no se produce a causa de su embarazo; se produce tan sólo “con ocasión” de su embarazo. Si hay un elemento causal en la decisión de la empresa, el despido es nulo por discriminación sexista, no específicamente por embarazo. La Ley 39/1999 innovó el art. 55 -así como el art. 53- no sólo para excluir la improcedencia como calificación posible en estos supuestos, sino también para incorporar unos casos de tutela frente al despido que no exigen que se acredite la relación causa-efecto. En el fondo, es así para el embarazo y para los casos de despidos coincidentes con el ejercicio de derechos ligados a los permisos parentales: en el caso, vg., del despido de una persona que se hubiese acogido a una excedencia por cuidado de familiares, el órgano judicial no tiene que valorar, a través de la prueba de indicios, si la causa del despido ha sido el ejercicio de ese derecho. Le basta con comprobar que hay una coincidencia temporal entre decisión extintiva y solicitud o ejercicio del derecho de conciliación para, si el cese no es procedente, calificarlo como nulo. El esquema del embarazo no es -no puede ser- distinto. Otra cosa es que el

despido por ejercicio de derechos parentales pueda constituir, además, una discriminación indirecta, o el despido por embarazo una discriminación directa. A estos efectos sí que hay que estar a las específicas reglas probatorias de ambas clases de discriminación.

Desde otro punto de vista, la Ley 39/1999 ha mejorado el Derecho comunitario también en otros aspectos. Uno muy evidente se refiere al cómputo de las inasistencias a los efectos de un despido objetivo. De acuerdo con la letra d) del art. 52, no computan, entre otras, las inasistencias derivadas de enfermedad causada por el embarazo, aunque éstas sean posteriores a la finalización de la suspensión por parto. Es decir, de los porcentajes de inasistencias previstas en dicha letra se excluyen también las bajas por incapacidad temporal de menos de veinte días derivadas de complicaciones que tienen su causa en el embarazo y en el parto. Sobre este tema, aunque ni la Directiva de maternidad ni la Directiva 76/207 contemplasen reglas específicas, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades se pronunció en el sentido de que no podía considerarse discriminatorio por razón de sexo un despido basado en las inasistencias de una trabajadora debidas a una enfermedad causada por el embarazo. En concreto, en la sentencia *Hertz*, de 6 noviembre 1990 (asunto C-179/88), consideró que no podía protegerse, al amparo de la Directiva 76/207, a una trabajadora cuyo despido se debió a ausencias frecuentes justificadas por enfermedades que se derivaban de su anterior embarazo. La Corte entendió que no cabía diferenciar entre estas específicas enfermedades y otras que afectaban indistintamente a mujeres y hombres⁵. En contraste con esta doctrina, el art. 52 d) ET impide computar para un despido objetivo por inasistencias las derivadas de enfermedades –aunque sean posteriores al embarazo– derivadas precisamente de éste. Distinguiéndolas, así pues, de cualesquiera otras enfermedades. A este respecto es claro que la legislación interna mejora nítidamente el Derecho Comunitario. Por cierto, la LO 3/2007, de 22 marzo, tomó en consideración estas enfermedades, para declarar, salvo procedencia, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato derivada de las mismas, tanto en el caso del despido disciplinario –art. 55.5 a)– como objetivo –art. 53.4 a) ET–.

Quiero decir con ello que la Ley 39/1999, de 5 noviembre, por más que en algunos aspectos no alcanzara los estándares mínimos de la Directiva 92/85/CE, en otros se situó por encima de las exigencias del ordenamiento

⁵ La misma doctrina en la sentencia *Larsson*, de 29 mayo 1997 (asunto C-400/95).

comunitario. En el caso del despido por embarazo, yo no diría tanto que mejoró la normativa derivada como que conjugó su técnica de la tutela temporal con elementos propios del derecho interno, en concreto la tutela real del despido nulo y el descarte de la improcedencia como calificación posible. Este último lo rescató -como más tarde haría la LO 1/2004, de 28 diciembre- de la normativa previa a la Ley 11/1994, de 19 mayo, en el caso del despido durante la incapacidad laboral transitoria de la persona afectada.

Por último, conviene traer a colación un argumento más obvio, relativo al derecho a la intimidad de la trabajadora embarazada. Con todo lo determinante que pueda ser el concepto de tal trabajadora del art. 2 de la Directiva, basado en que comunique su estado al empresario, lo cierto es que el derecho de aquélla de no notificarlo debe tenerse en cuenta, como parte esencial de su derecho a la intimidad personal. Desde luego, así lo ha entendido la Comisión Europea y, tácitamente, el propio Tribunal, al hacer suya tal opinión en el asunto *Tele Danmark*. En el caso del ordenamiento español, es claro que la jurisprudencia del TS anterior a la STC 92/2008 producía una situación en la que, *de facto*, la mujer embarazada se veía compelida a comunicar inmediatamente su gestación, para adquirir el derecho a la tutela frente al despido. En ese contexto, el derecho al silencio no dejaba de ser retórico, ante la amenaza, muy avalada por la experiencia colectiva, de que la empresa adaptase una decisión extintiva del contrato. De otro modo, la prueba de que ésta conocía el estado de la trabajadora, las más de las veces, se convertiría en una barrera de muy difícil superación.

VII. ALGUNOS COMENTARIOS DE CIERRE

Ha habido cierta especulación sobre el significado de que la LO 3/2007, de 22 marzo, no terciara en esta polémica, en un tiempo en el que la jurisprudencia del TS era proclive a exigir que la trabajadora acreditase que el empresario conocía su estado. Máxime porque reformuló los arts. 53 y 55 para añadir algún supuesto más de despido nulo vinculado a la maternidad⁶. En este contexto, podría sostenerse que el silencio del legislador era un espaldarazo a la tesis del TS. Yo creo que ello no es así en absoluto. Claramente, la Ley nada dispuso porque nada había que disponer. El tenor literal de los arts. 53 y 55 era suficientemente inequívoco en su redacción literal. Y, si alguna duda cupiese –

⁶ Sobre este tema, CABEZA PEREIRO, J., *Prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo*, TL, nº 91, 2007, pp. 170 ss.

como legítimamente ha cabido- la normativa y la doctrina judicial comunitarias, más que alentar la postura inicialmente sostenida por el TS, avala la contraria, como he tenido ocasión de argumentar. Aunque así no fuese, mal podría deducirse del silencio legal una complicidad con la doctrina unificada del Alto Tribunal. Desde luego, una interpretación sistemática de las novedades introducidas en ambos preceptos del ET más bien avalaría la postura finalmente defendida por el TC y a la que a la postre se sumó el propio TS.

Con todo, la jurisprudencia ya consolidada, que ha revertido la doctrina de la STS de 19 julio 2006, ha contribuido a cerrar el círculo relativo a las múltiples vicisitudes de la trasposición al Reino de España de la Directiva de maternidad. El elenco de normas que han pretendido, de forma imperfecta, incorporarla en su totalidad, desde la Ley 31/1995, de 8 noviembre, hasta la LO 3/2007, de 22 marzo, siempre dejaban un resquicio de fracaso. Sólo con el RD 298/2009, de 6 marzo se han incorporado los listados de agentes nocivos o potencialmente nocivos para la salud de la trabajadora, del feto o del lactante y se ha culminado, en el plano normativo, dicha trasposición. Este hito, conjuntamente con los últimos coletazos posteriores a la STC 92/2008, hacen las veces de “certificación de calidad” de nuestro ordenamiento en la materia cubierta, a nivel comunitario, por la Directiva 92/85/CE.

Y está bien que sea así en un tiempo en el que, en contraste, las noticias sobre la Directiva del permiso parental -la 96/34/CE- o sobre la del principio de igualdad en materia de Seguridad Social -la 79/7/CEE- son muy otras, y ponen de relieve que los estándares comunitarios sobre los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral, resultan absolutamente irrelevantes. La contundencia del Tribunal de Justicia al avalar el sistema español de cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencia común en el caso de una trabajadora que tenía su jornada reducida por guarda legal -sentencia *Gómez Limón*, de 16 julio 2009, asunto C-537/07- resulta muy decepcionante. No tanto por el sentido del fallo, desde luego muy predecible, como por su línea argumental, que deja pocos resquicios a una interpretación más sensible a las posibles discriminaciones indirectas.

Dicho todo lo cual, quizá el desenlace de este contencioso entre el TS y el TC pudo haber sido otro en sus aspectos adjetivos, pero debía necesariamente concluir como concluyó en sus aspectos sustantivos. Desde luego, algunos apostamos, ante la polarización del TS en julio de 2006, que el propio Tribunal

volvería sobre su doctrina y la unificaría en sentido contrario. No fue así *propio motu*, porque se interpuso el TC, pero quizá lo habría sido de no haber mediado los dos recursos de amparo que dieron lugar a las dos sentencias del TC comentadas. No me interesa demasiado el debate sobre si éste actuó con exceso. El hecho cierto es que la posición jurídica de la mujer embarazada ha quedado mejor salvaguardada.

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo